

LES ENFANTS DE PARENTS DIVORCÉS

Étude juridique

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 15 Mars 1939, à 14 heures

PAR

Solange RÉGLADE

Membres du Jury :

Président : M. RIPERT, Doyen.

Suffragants { *M. ROUAST, Professeur.*
M. AMIAUD, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1939

**LES ENFANTS
DE PARENTS DIVORCÉS**

Étude juridique



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LES ENFANTS DE PARENTS DIVORCÉS

Étude juridique

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 15 Mars 1939, à 14 heures

PAR

Solange RÉGLADE

Membres du Jury :

Président : M. RIPERT, Doyen.

Suffragants { M. ROUAST, Professeur.
M. AMIAUD, Professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)
22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1939

*47803

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Le mariage est une institution que l'on rencontre dès les origines très lointaines de l'histoire. En effet, aux temps les plus reculés, les individus ont donné des règles à la formation de leur association conjugale. C'est que, pour toute société qui veut une durée, le foyer familial est l'unité vitale. Il est une solide base sociale, car il assure l'harmonie rationnelle de l'ordre naturel. Permettant à ceux qui s'unissent de se continuer, il concourt à l'exaltation puissante de l'individu en même temps qu'à la pérennité de la race. Il offre à l'être qui naît un cadre fait pour lui, dans lequel, par l'éducation des siens, il prendra conscience de sa personnalité et de ses possibilités sociales. Il est donc la synthèse réelle des tendances qui paraissent les plus contraires, donnant satisfaction à l'individualisme et à l'intérêt général.

La grave question qui se présente alors est celle de la possibilité pour les individus qui ont formé librement un foyer, de le dissoudre : le divorce reconnaît et sanctionne ce droit.

Mais cette dissolution va faire surgir de nombreuses difficultés sociales qui poseront des problèmes juridiques.

Par le divorce, le foyer, en tant qu'unité, est rompu, laissant désunis ses trois éléments :

L'homme, la femme, leurs enfants.

Quelle va être la situation de chacun ? Comment vont-ils reprendre dans la Société une place équivalente à celle qu'ils quittent ?

Comment pourra-t-on organiser le libre exercice des droits et des obligations respectifs ou réciproques de chacun ?

Les deux ex-conjoints, vis-à-vis l'un de l'autre, retrouvent leur indépendance, leur pleine capacité, le libre exercice de leurs droits, et après réintégration dans leurs biens, il ne demeure plus qu'une question de responsabilité se résolvant en une évaluation de pension alimentaire et de dommages-intérêts.

Chacun est libre de « refaire sa vie ».

Mais l'état des enfants mineurs est d'un aménagement infiniment plus complexe. Par leur mariage même, les deux époux avaient contracté chacun, l'obligation d'élever leurs enfants (art. 203 C. Civ.), c'est-à-dire de leur assurer entretien, protection et direction jusqu'à leur majorité. Dans la famille, les parents peuvent accomplir conjointement ce devoir. Et c'est pour le sanctionner que la loi leur donne la jouissance de la puissance paternelle dont le père a l'exercice durant le mariage. De leur côté, les enfants ont des obligations envers leurs parents. Ils leur doivent « Honneur toute leur vie » (art. 371, C. Civ.) et demeurent sous leur autorité jusqu'à leur émancipation ou leur majorité (art. 372, C. Civ.).

Or, si la dissolution du mariage se produit, les enfants irresponsables de cette rupture, vont se trouver légalement privés de leur cadre vital. Sans foyer, ils seront de pauvres épaves ballottées, accaparées ou abandonnées et leur affection inquiète devra se partager entre deux êtres réciproquement hostiles.

Parmi toutes les questions relatives à l'enfance, celle-ci présente un grand intérêt, malheureusement trop actuel; car si l'on s'ingénie souvent à reclasser certains éléments dignes de l'être ou dignes de pitié — enfants naturels, enfants à « redresser moralement... » — les enfants légitimes étant nés suivant les règles posées par la loi, étant privés par la loi des avantages auxquels ils avaient un droit acquis, doivent se voir conférer de par elle une situation juridique équivalente à celle qu'ils avaient.

Le fait du divorce de ses auteurs est indépendant des besoins propres de l'enfant quant à sa direction et à sa protection physique et morale.

Comment la loi va-t-elle pouvoir les lui assurer ? Comment et dans quelle mesure l'enfant remplira-t-il ses obligations de piété filiale ?

Envisageant, maintenant, la question des enfants relativement aux parents eux-mêmes, nous constaterons que si les époux déclarent briser les liens qui les unissent, il est d'autres liens profonds qui font sentir leur réalité indéniable : ce sont ceux qui unissent le père et la mère à leurs enfants.

Comment pourra-t-on donner aux deux parents la possibilité de satisfaire leurs légitimes exigences paternelles ou maternelles ?

Ainsi posé, le problème juridique qui se présente est celui de la dissociation et de la répartition adéquate des éléments de la puissance paternelle.

Avant d'aborder cette analyse et de présenter un essai de solution, il serait intéressant de retracer l'évolution, en notre société française, de la situation de l'enfant légitime dans son milieu familial.

Nous partagerons notre étude comme suit :

1^{re} partie : Essai historique et social.

2^e partie : Essai juridique de droit français.

3^e partie : Notions générales de droit international privé et de droit comparé.

Réformes et conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

ESSAI HISTORIQUE ET SOCIAL

Nous allons assister à la naissance et à l'évolution de certains principes concernant le mariage et la situation des enfants. La réalité vécue, des conséquences sociales qu'entraînent ces principes, permettra d'essayer de porter un jugement sur leur valeur.

Pour terminer, nous donnerons quelques statistiques relatives au mariage, au divorce et aux enfants de parents divorcés, ce qui nous renseignera sur l'actualité de notre problème.

CHAPITRE PREMIER

LE MARIAGE ET LA PUISSANCE PATERNELLE

Les institutions du mariage et de la puissance paternelle ont, dans notre histoire, suivi une intéressante évolution que nous allons retracer.

Dans une première section relative à l'ancien droit, nous verrons la conquête et le triomphe du principe de l'indissolubilité du lien conjugal. La section suivante nous montrera les premiers essais de lutte contre ce principe, les causes lointaines et directes de son ébranlement. Enfin, nous retracerons les vicissitudes et l'instauration du divorce en France.

Nous verrons en même temps les répercussions que l'indissolubilité ou le divorce peuvent produire sur la stabilité des familles et, par là même, sur la situation faite aux enfants.

SECTION I. — L'ANCIEN DROIT : LES ORIGINES ET LE MOYEN-ÂGE

A l'aurore de notre histoire, notre sol fut un carrefour où des traditions de longue civilisation s'affrontèrent avec des coutumes et des usages barbares.

En Gaule, durant et après les invasions, les lois romaines et les us germaniques coexistèrent. C'est alors que l'influence chrétienne se fit sentir, puis s'imposa et réalisa à la lumière de ses principes d'harmonieuses synthèses. En particulier dans le domaine du droit de famille la doctrine

chrétienne donna la mesure de sa compétente autorité en matière sociale.

Nous verrons quels furent, pour le droit de mariage et ses effets par rapport aux enfants, l'apport romain et l'apport germanique ; puis nous exposerons certaines grandes lignes du droit canonique qui régit la société du Moyen-Age.

§ 1. — *La période Franke.*

Les gallo-romains et les germains avaient chacun leur législation en vertu du principe de la personnalité des lois.

I. Apport romain

Le droit de famille fut fondé à Rome sur le principe de « la patria potestas ». La puissance du père de famille s'étendait sur sa femme et sur tous ses descendants.

Le Pater Familias, homme libre, était vraiment un chef qui dirigeait sa « domus ». Son pouvoir souverain était établi dans son intérêt et par son intermédiaire dans l'intérêt même de l'Etat. En effet, ses mains tenaient la triple unité réalisée par la famille : unité politique, religieuse et juridique.

Son devoir était d'assurer la continuité de sa domus, il l'assumait par la procréation des enfants ou l'adoption : il composait sa famille à sa guise.

Par les « justae nuptiae », le père acquérait le patria potestas sur ses enfants, ce qui lui donnait sur leur personne et sur leurs biens tous droits : il avait sur eux pouvoir de vie et de mort. Ces droits duraient toujours, le père parfois y mettait un terme par rapport à un de ses fils en l'émancipant.

Le mariage, toutefois, dans un tel système, ne jouait qu'un rôle de second plan, et le mari avait le droit de divorcer : il s'en servait rarement. Ce droit ne fut reconnu primitivement qu'à lui seul puisque la femme était en puissance, — soit de son mari, mariage in manus, soit de

son père, mariage sans manus —. Mais en vertu même de cette puissance, une telle éventualité ne touchait pas profondément l'armature de la famille dont la descendance ne s'attachait légalement qu'au père seul.

Mais il faut remarquer que ces pouvoirs absolus avaient été atténués par les mœurs, la vie de chaque jour ; et l'épouse honorée exerçait la surveillance des gens de sa maison.

Cependant, sous l'influence d'une vie devenue trop facile par l'afflux de l'argent à Rome, et subissant l'attrait des idées de l'Orient conquis, la rude tradition romaine s'affaiblit. Elle n'avait pas été étrangère à la grandeur de Rome, mais fondée sur des principes établis pour quelques-uns contre nature, elle ne devait pouvoir résister à ces circonstances. Les mœurs se relâchèrent, les divorces qui purent être demandés par chaque conjoint, se multiplièrent, traînant leur cortège de maux et de vices, créant un véritable danger pour les populations de l'Empire par la baisse de natalité qui en résultait. Des lois réglementèrent l'institution frappant de peines pécuniaires l'époux coupable, mais le courant ne put être endigué.

Lors, commença à se faire sentir une autre influence, qui plus tard guidera de jeunes législations se cherchant ; influence de l'Eglise catholique qui dans le Bas Empire dit chrétien, fit introduire quelques applications limitées de sa doctrine (Loi de Constantin en 331, infligeant les châtimens les plus sévères à l'époux qui répudie l'autre sans justes causes).

C'est ainsi que la période Franke recueillit une législation romaine évoluée, celle du Bas Empire adoptée par le bréviaire d'Alaric, applicable aux Gallo-Romains.

De cette belle, mais dure tradition défailante, des traces profondes devaient demeurer en nos pays de droit écrit jusqu'à la Révolution.

II. *Apport Germanique.*

La famille barbare nous apparaît sous un double aspect : la parenté s'étend aussi loin que les liens du sang sont

connaissables, c'est ce que l'on nomme le « lignage » ; et en un sens plus restreint, la famille se présente organisée sur un type presque militaire que nécessite l'état social troublé, elle forme une maison ou « mesnie » : tous ceux qui appartiennent à la maison sont soumis au père. Ce ne sera donc pas une monarchie absolue, mais bien plutôt une confédération guerrière, fondée sur le sang et entraînant la solidarité des mâles majeurs pouvant porter les armes.

Ces barbares ont des mœurs saines et simples. Les unions sont stables et fécondes. Par la cérémonie des noces, qui se présente sous la forme caractéristique d'un achat, le mari acquiert un « mundium » qui s'étend sur la femme et par voie de conséquence sur les enfants de celle-ci.

On voit dans ces usages la place prépondérante du mariage : déjà il fonde la famille.

Ce mundium barbare dans son application aux enfants, cette puissance paternelle du droit germain, a quelques ressemblances avec la patria potestas Romaine : en effet, elle appartient aux mêmes personnes (emportant cependant des conséquences moins dures) ; aussi le père seul l'exerce à l'exclusion de la mère, car, seul, il est « selbmund », c'est-à-dire sous son propre mundium. Cette puissance donne au père un droit de correction suffisamment justifié par le devoir d'éducation qui sera souvent rappelé par les capitulaires (Capit. de 813 art. 18). Ce droit dans certains cas peut aller jusqu'à la peine de mort (le père qui surprend, dans sa propre maison, sa fille adultère pourra « en faire ce qu'il voudra » — Loi Wisigoth —. Le même droit est donné aux parents lombards par l'édit de Rotharis).

Le père possède encore un autre droit très important, celui de consentir au mariage, sinon de ses fils qui, jeunes, acquièrent la majorité lorsqu'ils sont reconnus capables de porter les armes, du moins de ses filles par la vente du mundium sur elles.

Mais cette tradition, au contact des Romains, s'altéra. C'est ainsi que le divorce, qui d'après Tacite n'existait pas

chez les Germains de son temps (1), trouva une place dans plusieurs lois Barbares (il fut pratiqué en fait sous les Mérovingiens). De même, le droit pour le père de consentir au mariage de ses filles fut méconnu dans bien des circonstances : rapt, séduction, inconduite particulièrement notoire des filles à l'époque franke.

C'est alors qu'apparut une force neuve, se posant en médiatrice entre l'ancienne civilisation décadente et la simple barbarie fougueusement vivace. Elle rénova les traditions et donna une doctrine humaine, bienfaisante à une société aux passions déchaînées.

§ 2. — *La période Féodale. Le rôle de l'Eglise catholique.*

L'Eglise catholique, née sous l'Empire Romain, porta au monde son enseignement nouveau. La législation impériale, dans quelques rares prescriptions, s'inspira de son esprit ; puis durant la période franke, son influence grandit, s'exerçant même directement à certains moments (Capitulaires de Charlemagne).

C'est surtout lors de l'anarchie féodale qu'elle joua un rôle décisif, car en cette période l'autorité politique est pratiquement inexistante et les seigneurs féodaux sont chacun leur propre maître. Mais la société est à cette époque, chrétienne, aussi l'Eglise sera la seule puissance supérieure à ces petites souverainetés qui puisse s'imposer. Elle prit donc la direction réelle du bien général en France. Elle combattit contre les divers éléments, les diverses tendances hostiles à la famille, base de la société.

Le droit canonique moralisa les mœurs, luttant contre le rapt, la polygamie et surtout le divorce. En effet, la doctrine de l'Eglise se proposait pour une de ses fins le perfectionnement de chaque individu, la stabilité sociale l'intéresse à un double point de vue : d'abord parce qu'elle

(1) Cependant il semble que dans l'état le plus archaïque, le mari avait seul le droit, très rarement employé, de répudier son épouse, d'abord sans cause, puis sous le risque de s'exposer à la vengeance des parents de sa femme s'il la renvoyait sans les motifs d'usage (ex. : adultère). Voir Brissaud.

permet à l'individu de naître dans un cadre qui lui est propice et ensuite parce qu'elle favorise puissamment la culture et l'exaltation de ses valeurs. C'est pourquoi le droit canonique nous offre des règles rationnelles concernant le mariage et la puissance paternelle (1).

I. Le mariage. Son indissolubilité.

Chez les Romains, le mariage se réduisait à la juxtaposition de deux étrangers. Chez les Germains, il mettait une esclave ou tout au moins une incapable en possession d'un maître.

L'Eglise, qui fait apprendre le même catéchisme à ses fidèles d'origines diverses, posa ses principes, les fit pénétrer dans les lois, puis y substitua sa propre loi.

Par le mariage, l'homme et la femme fondent eux-mêmes une nouvelle famille qui constitue un groupement distinct. La seule condition nécessaire et suffisante à sa formation est le consentement libre de chacun des époux qui doivent consulter leurs parents sans que cela touche à la validité de l'institution élevée à la dignité de sacrement. La célébration publique est recommandée sous peines disciplinaires, mais non indispensables à la validité. De ce mariage résulte une association de toute la vie — « ils deviendront les deux une seule chaire » (2). Association dans laquelle les deux conjoints sont égaux : toutefois, la direction cordiale revient à l'homme, tandis que la femme lui doit une soumission digne.

Mais ce groupement n'est complet que par la naissance de l'enfant ; alors seulement la famille a véritablement ses deux assises. Le mariage assure à l'enfant les conditions

(1) Il semble que l'on aurait tort de ne considérer ces théories que sous leur aspect strictement religieux, ne tenant compte que de leurs justifications disciplinaires (elles ne paraîtraient alors n'avoir d'intérêt que pour les fidèles de cette religion), car leur caractère religieux est d'autant plus grave qu'il recouvre une nécessité vitale plus impérieuse. Nous exposerons donc les grandes lignes du droit canonique et leur justification sociale en indiquant leurs conséquences confessionnelles afin de ne pas amputer la doctrine de son caractère principal et universellement reconnu en ce temps.

(2) St Matthieu, XIX-5. — St Marc, X-8.

sociales de son développement par une condition juridique régulière.

Devant l'importance des conséquences du mariage, il y a nécessité à maintenir cet état, c'est pourquoi l'Eglise proclame le grand principe de l'indissolubilité, s'appuyant sur nombre de textes saints (1). Le divorce doit être banni; il « est contre la raison du sacrement » (2).

En effet de graves reproches sont par elle adressés à la dissolution de l'union conjugale durant la vie des époux :

a) Tout d'abord, elle est contraire à la nature même du mariage qui consiste en une union de toute une vie (3). Cette perpétuité librement promise l'un à l'autre lors du contrat doit être à l'abri des caprices ultérieurs.

b) Mais ce qui est excessivement grave, c'est qu'elle aboutit, quand il y a des enfants, — cas normal —, à la dissolution de la famille « or fonder, maintenir, entretenir une famille est précisément le but du mariage ». Le père et la mère ont tous deux le devoir d'élever leurs enfants, la stabilité de l'union conjugale est le seul état qui leur permette de le remplir l'un et l'autre.

c) Enfin permettre aux époux de se remarier après le divorce, c'est couvrir un véritable adultère, c'est risquer ses désordres.

Partant de ces considérations, l'Eglise n'admit que la séparation de corps qui relâche le lien conjugal sans permettre de nouvelles unions.

Il fallut du temps pour voir triompher ces idées qui ne touchèrent pas certains rois mérovingiens : à leur époque, les répudiations et les divorces étaient fréquents ; et si au ^v^e siècle, les conciles de Gaule (4) avaient été formels quant à la prohibition du divorce, sanctionné par l'excommunication dont la crainte aboutit au capitulaire d'Aix-

(1) St Matthieu, XIX 6-9. — St Marc, X 9-12. — St Paul, 1^{re} ep. corinthios VII 10-11.

(2) St Thomas, Summa Prima Secundae, question 102, art. 5.

(3) « Consortium omnis vitae », Modestin Digeste, XXIII, 2, frag. 1.

(4) Conciles : Angers (453), canon 6 absolument général.

Agde (506), canon 25. — Orléans (533), canon 11.

Nantes (658), canon 12. — Soissons (744), canon 9, etc.

la-Chapelle en 759 renouvelé par Louis le Pieux en 829, les désordres de la fin de la période Franke firent tomber dans l'oubli de telles prescriptions. L'Eglise alors reprit la lutte, seule puissance supérieure avons-nous dit, elle imposa le droit canonique qui devint la législation, comme ses officialités furent elles aussi les juridictions que l'on saisissait (1) et les dispositions des sentences étaient sanctionnées par le pouvoir séculier. La définition du mariage fut admise sous sa forme canonique : « Il est un sacrement » qui produit principalement des effets spirituels et accessoirement des effets civils qui en principe sont inséparables les uns des autres ».

Symbolisant l'union de Jésus-Christ avec son Eglise (2) : il sera perpétuel.

Le mariage fut le fondement unique de la famille au x^e siècle. Le divorce fut définitivement prohibé au xiii^e siècle en pays de coutumes et au xiv^e siècle en pays de droit écrit.

II. *La puissance paternelle.*

Les rapports de parents à enfants se réduisaient, en droit Romain, à la puissance du pater familias établie dans son intérêt personnel et celui de l'Etat fondé sur ces familles patriarcales.

En droit Germain, le mundium du père semblait reposer sur l'utilité économique de la force, car l'enfant qui pouvait porter les armes devenait capable.

L'Eglise proposa sa doctrine. Elle fit de la puissance, l'autorité reposant sur le droit naturel, se justifiant suffisamment par cette idée que le père et la mère ayant le devoir d'élever et de nourrir l'enfant, doivent avoir les possibilités nécessaires à remplir cette fin.

L'autorité paternelle devient un échange d'obligations entre le père, la mère et leurs enfants : d'un côté, obligation de se servir des droits dans l'intérêt des enfants ;

(1) Beaumanoir T.A.C. de Normandie, LXXV, 1.

(2) St Paul. — St-Augustin. — Hincmar. — St Thomas d'Aquin.

de l'autre, obligation de reconnaissante soumission envers les parents. Les deux principes sont contenus dans ces fragments de textes :

« Enfants, obéissez à vos parents... car cela est juste

« Honorez votre père et votre mère (1).

« ... Et vous Pères, ne provoquez pas vos enfants à la « colère, mais élevez-les en les corrigeant et les avertis-
« sant selon le Seigneur... » (2).

Ces principes pénétreront difficilement les deux grands courants de droit.

a) En pays de droit écrit.

C'est ainsi que la puissance paternelle va conserver la plupart des caractères de la *patria potestas*. Elle est encore très dure, en voici les règles : (3).

1° Elle n'appartient qu'au père et jamais à la mère : celle-ci peut cependant devenir tutrice de ses enfants à la mort du père, mais elle doit promettre de ne pas se remarier.

2° Elle dure en principe toute la vie du père à moins d'émancipation.

3° Elle s'étend à la femme de son fils et à ses enfants.

4° Elle donne au père un droit à l'obéissance stricte de ses enfants, que sanctionne un droit de correction fort grave (4) et la faculté de les exhérer.

5° Les enfants ne forment avec leur père qu'une seule personne juridique. Ce dernier donc a l'usufruit des biens qui peuvent appartenir à ses enfants.

b) En pays de coutumes (5).

L'adage y circule « droit de puissance paternelle n'a lieu » (6) indiquant nettement que l'autorité du père ne suit pas les règles romaines. Le père a l'« avouerie ou

(1) Lointaine origine de notre art. 371 du C. civ.

(2) St Paul, Eph. 5, 21-6, 5.

(3) D'après Chenon, *His. du droit*, p. 129.

(4) Le père dans des cas extrêmes peut même vendre son enfant.

(5) D'après Chenon, *Hist. droit*, p. 129.

(6) Beaumanoir. — J. Boutillier, *Somme rurale*, I, 100.

mainbournie » (dérivée du *mundium franke*). Mais de notables améliorations se rencontrent dans l'organisation de ces rapports familiaux imprégnés des idées chrétiennes. Cette mainbournie consiste en une sorte de tutelle dont le fondement est l'intérêt des enfants.

1° C'est ainsi qu'elle peut appartenir à la mère à défaut du père.

2° Elle comprend pour le père le droit de garder et de gouverner l'enfant, droit sanctionné par un pouvoir de correction limité (1).

3° Elle ne dure (en principe) que jusqu'à la majorité de l'enfant, garçon ou fille — majorité qui varie suivant les coutumes et suivant que l'enfant est noble ou roturier. Elle peut cesser aussi par émancipation, conséquence le plus souvent du mariage (ceci exclut donc l'autorité sur la bru et les petits-enfants).

4° Quant aux droits du père sur les biens de ses enfants, il a la jouissance des fiefs et seulement l'administration des villenages. Mais il faut remarquer avec Beaumanoir que les gains personnels des enfants en mainbournie sont acquis aux parents : ils sont donc rarement propriétaires de biens.

Au Moyen Age, l'Eglise, par son droit canonique, donna à l'Europe une loi matrimoniale uniforme, moralisant l'union conjugale, protégeant la faiblesse de la femme sans énerver l'autorité du mari tout en ayant le souci des enfants. C'est elle qui a fondé la famille moderne (2), car ses données servent de modèles à la plupart des législations et ce qui les contredit fait figure d'exception (3).

(1) La vente d'enfant est déclarée nulle : Boutillier, *Somme rurale*, I, 68.

(2) Brissaud, *Hist. du droit privé*.

(3) Félix Senn dans « le maintien et la défense de la famille par le droit ».

SECTION II. — L'ÉPOQUE MONARCHIQUE
ET LE XVIII^e SIÈCLE

L'unité de doctrine concernant le droit de famille et spécialement le mariage devait être rompue au début de l'époque monarchique : conséquence de certains événements très importants.

L'apogée que connut la puissance de l'Eglise au règne du roi Saint Louis s'affaiblit, pour marquer un véritable déclin à la fin du xv^e siècle. Les abus introduits parmi les membres de la hiérarchie ecclésiastique devaient déclencher de vives réactions. C'est alors que se développa à l'étranger, puis en France, la Réforme protestante qui refusa de se soumettre à la sincère réformation du Concile de Trente 1545-1563. La cission fut décisive, il y eut deux courants religieux, ce qui marqua la fin de l'universalisme chrétien.

La doctrine protestante (1) devait coexister avec la doctrine catholique. Au point de vue du mariage, elle partait d'une théorie théologico-juridique par laquelle celui-ci comprendrait à la fois :

1^o Un contrat de droit naturel (dans le sens des textes romains : droit commun aux hommes et aux animaux).

2^o Un contrat civil, c'est-à-dire régit par le droit romain, ainsi qu'il se trouvait organisé lorsque l'Eglise n'avait pas encore le monopole des questions de mariage.

3^o Un sacrement qui ne pouvait exister sans le contrat qui en était la matière. D'où nécessité du mariage civil et de sa séparation d'avec le mariage religieux (2).

L'indissolubilité que les théologiens fondent sur le droit naturel et appuient sur les textes saints, devait elle aussi

(1) D'après Brissaud.

(2) Ces spéculations devront se propager. Les légistes s'en empareront, concluant à la distinction dans le mariage du contrat soumis à l'état et du sacrement soumis à l'église. Mais il y a grande complexité dans la question de délimitation des domaines (Pothier la mentionnera en son temps).

être discutée puis rejetée par la religion nouvelle. Partant strictement de l'interprétation du texte (1) sur lequel le droit canon fonde la séparation de corps, elle légitime le divorce, donnant pour raison, qu'il est moindre mal, que la cohabitation hypocrite ou la séparation de corps avec trop souvent sa vie de désordre.

A cette époque, le Pouvoir Royal, en France, restaura ses attributions législatives et juridictionnelles, s'acheminant vers l'absolutisme monarchique. Le roi, catholique, comme la très grande majorité de son peuple, conserva et continua de faire passer dans ses lois les prescriptions canoniques. Mais l'existence du protestantisme fut une des causes du trouble des esprits vers la fin de la monarchie. Au XVIII^e siècle, époque d'une particulière finesse mais aux mœurs relâchées, on cherche en dehors des règles souvent trop dures, qui sont posées, le moyen d'accorder la fantaisie et la légalité.

§ 1. — *Le droit de mariage et ses effets par rapport aux enfants*

Les règles canoniques des siècles précédents sont gardées et complétées suivant les mêmes principes. Le Concile de Trente perfectionne la doctrine en obligeant, sous peine de nullité, à la publicité du mariage : il doit être précédé de bans et célébré en présence du curé de la paroisse et de plusieurs témoins (2). Ceci évite le mariage clandestin ayant pour résultat l'incertitude sur l'état des personnes.

Le divorce est toujours interdit dans le royaume de France ; il n'en est d'ailleurs pas fait une question religieuse, car malgré le statut accordé aux protestants par l'Edit de Nantes, ceux-ci ne peuvent divorcer conformément à leurs dogmes. Cependant que la jurisprudence des parlements réglemente la séparation de corps à l'époque nous intéressant.

(1) St Mathieu, V. 31-32.

(2) Ordonnance de Blois, 1579. Edit de 1697. Le registre de l'état civil est tenu par le curé de la paroisse.

La puissance paternelle semble soumise à deux influences différentes. L'une qui procède de l'intérêt de l'individu et qui aboutit dans le dernier état de la législation à la reconnaissance générale d'une majorité émancipatrice (1). L'autre au contraire, qui veut une complète subordination ayant pour cause « les tendances profondes d'une société fortement hiérarchisée » (2). Le résultat pratique est le suivant : Le père entend régler le mariage de ses enfants mineurs de 25 ans d'une façon souveraine (3). (L'Eglise, malgré la demande de la royauté, ne sanctionna jamais l'absence d'autorisation des parents par la nullité du mariage). De même, on veut que le père autorise l'entrée dans les ordres : disposition allant à l'encontre du droit canonique (4).

La générosité du siècle de saint Louis manquait à cette société bien disciplinée au temps du Roi Soleil.

§ 2. — *Courants d'idées au XVIII^e siècle* (5)

Le Roi est véritablement le centre de la vie. Les courants d'idées que nous allons considérer au XVIII^e siècle et qui influenceront directement les bouleversements de la fin du siècle se développeront dans l'entourage du souverain. Ils semblent avoir pour cause la contradiction entre : d'une part, la réalité faite des plaisirs et des abus d'une cour frivole, et d'autre part la dureté de l'autoritarisme glissé dans des règles saines, peut-être ces règles elles-mêmes qui le plus souvent ne servent que de façade. Les philosophes

(1) Voir Brissaud.

(2) Olivier Martin.

(3) Ordonnance de Février 1577 qui permet aux parents d'exhérer les enfants dans ce cas. Ordonnance de 1639 privant les enfants de tous droits successoraux. Ajoutons l'assimilation du mariage sans consentement des parents au rapt de séduction.

(4) Il faut remarquer qu'à ce durcissement de l'autorité paternelle correspond un durcissement de l'autorité maritale : voir les exhortations d'Arnolphe dans l'école des femmes, acte III, sc. 2 (1) D'après Olivier-Martin.

(5) V. Michon dans « le maintien et la défense de la famille par le droit ».

dirigent l'opinion et indiquent la gravité des nombreuses faiblesses.

Le droit de famille est le droit canonique. On a pu assister jusqu'alors au perfectionnement croissant de ces deux institutions : mariage et famille. Mais à l'heure des abus, on ne fait pas la juste part des responsabilités et on les laisse retomber toutes entières sur les principes eux-mêmes sans considérer que ces principes ont été faussés.

Cette société affinée a perdu la confiance de sa foi (1) et n'adhérant plus à la religion, elle rejette le droit canon sans tenir compte des réalités sociales auxquelles il correspond. C'est dans cette atmosphère que nous allons voir évoluer les concepts relatifs au mariage et à la condition des enfants.

Cette cour raisonneuse et perversie prendrait volontiers pour point de départ d'une reconstruction sociale, non les nécessités de vie que son égoïsme délaisse, mais les instincts, les penchants qu'elle désire satisfaire. D'où toutes les théories échafaudées par la Raison logique qui contemple la nature.

La philosophie nouvelle part de l'individu; mais tandis que le droit canonique tend au perfectionnement de l'homme par l'épanouissement de ses facultés, la théorie qui veut le remplacer a pour but l'exaltation des sens. Il faut une liberté sans entrave, c'est-à-dire avec la suppression de sa conséquence : la responsabilité. C'est la recherche du plaisir.

Et Rousseau nous proposera sa loi du mariage : celui qui s'est donné librement peut librement se reprendre. C'est le rapprochement du mariage et de l'union libre. C'est la possibilité largement comprise du divorce. Voltaire réclame le divorce comme étant une nécessité. Ce-

(1) Ceci pour plusieurs raisons :

1° Elle a discuté les dogmes et les a rejetés tous car ils ont été mélangé de notions étrangères à leur essence — la théorie de droit divin — Gallicanisme condamné d'ailleurs par le Pape.

2° L'existence du protestantisme et surtout sa méconnaissance, par la Révocation de l'édit de Nantes, qui donne à des gens de bonne foi une existence hors la loi : leurs mariages ne sont pas reconnus, leurs enfants sont batards,

pendant que Montesquieu après avoir prôné l'institution en ses lettres persannes (1) dans l'intérêt de la repopulation, reconnaît (2) que : « le divorce a ordinairement « une grande utilité politique et quant à l'utilité civile, « il est établi pour le mari et pour la femme et n'est « pas toujours favorable aux enfants ».

Diderot, lui, est hésitant, car il comprend la gravité des conséquences pour les enfants.

Mais la grande majorité des penseurs réclament le divorce, à la veille de la Révolution, pour mettre les lois d'accord avec les mœurs. Ils n'envisagent pas alors la question de l'enfance ou la résolvent de la façon la plus catégorique, car ils poussent leurs théories à l'extrême de la logique : les unions seront passagères, au gré de chacun, et les enfants déclarés enfants de l'Etat (Helvétius, de Saxe).

La cour et les philosophes ont le plus souvent une vie de débauche et c'est pourquoi cette morale dissolvante de la Religion de Nature leur agréée.

Cependant que les classes moyennes et populaires non encore atteintes par la contagion de telles mœurs, voilées sous le droit encore en vigueur, pensent, elles aussi, que ces règles sont devenues inefficaces.

SECTION III. — LE DROIT INTERMÉDIAIRE ET LE DROIT MODERNE

Avec la Révolution, nous verrons sombrer l'ancienne armature du droit familial et, confondant les abus de l'autoritarisme avec la nécessité de l'autorité, elle instaurera le régime d'une liberté sans règle qui aboutira au plus complet désordre — Ruine de l'institution du mariage et assimilation du bâtard à l'enfant légitime.

Le Code Civil, base de notre droit moderne, réagira, transigera avec les principes contraires : c'est ainsi qu'il

(1) Lettre 117.

(2) Esprit des Lois, livre 16, chap. XV.

rétablira et tentera de sauvegarder la dignité du mariage en conservant le divorce. Il adoptera, aboutissement d'une longue évolution, pour fondement de la puissance paternelle, la notion d'intérêt des enfants; lors, érigeant le juge en arbitre souverain, il pensera pouvoir résoudre, pour le plus grand avantage des dits mineurs, les conflits de puissance qui pourraient s'élever en cas de dissolution légale.

§ 1. — *L'œuvre de la Révolution*

La Révolution française se fit autour de l'idée d'émancipation de l'individu. Les vieux principes étaient rejetés, on exalta les idées du jour relatives à la Liberté, à la Raison, à la Nature. Et c'est ainsi que dans le domaine du droit de famille, des bouleversements furent apportés le plus souvent, n'étant que la conséquence logique, théorique, mais non expérimentale, de certains concepts; bouleversements qui n'étaient d'ailleurs pas réclamés par l'opinion.

Il en fut ainsi de l'établissement du divorce. Parmi tous les cahiers de revendications, seul celui porté par le duc d'Orléans le réclamait.

I. — *Mariage. Divorce. Union libre*

Après avoir proclamé la déclaration des Droits de l'homme et décidé que le mariage se réduisait à un pur contrat civil, il était rationnel d'admettre qu'il pouvait se résoudre ou se résilier comme tout contrat, d'où la loi du 20 septembre 1792 qui ouvrit largement la porte au divorce et prohiba formellement la séparation de corps.

On divorçait par consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur (un peu plus tard même, par volonté unilatérale).

Le sort des enfants était alors réglé de la façon suivante : tous les enfants au-dessous de sept ans étaient donnés à la mère et au-dessus de cet âge, les garçons allaient

au père. Cependant les parents pouvaient régler cette attribution d'un commun accord, autrement que suivant les règles légales. (1).

On pouvait divorcer aussi pour des causes déterminées (elles étaient nombreuses : adultères, folie, conjoint émigré, etc.), en ces circonstances « l'assemblée de famille » décidait du sort des enfants.

Mais les lois n'en restèrent pas à ce stade et furent terriblement aggravées encore. Bientôt l'institution du mariage fut en quelque sorte anéantie : l'union libre fut reconnue légale.

On supprima la sanction pénale de l'adultère (Code Pénal de 1791). On assimila les situations de l'enfant légitime et du bâtard (Loi du 12 Brumaire, an II). Car l'enfant naturel est innocent de sa naissance (2).

Ces lois eurent un succès inattendu de ses auteurs ! Elles aboutirent à la période de démoralisation de thermidor et du Directoire (3) : Delville s'écriera : « Vous avez introduit en France un marché de chair humaine ! » Il y eut un complet « accord de dévergondage entre les institutions et les mœurs. La sarabande du temps de « Louis XV va recommencer beaucoup plus dangereuse et « contagieuse, parce que légale » (4). Le plus souvent alors on se soulage des enfants de ces unions passagères. Le nombre des enfants trouvés monte en l'an V à 4.000 pour Paris et à 44.000 pour les départements (5).

(1) Mais dans ce cas, et ceci nous paraît important, la moitié des biens des parents allait aux enfants : il y avait un effort pour assurer le sort matériel des enfants.

(2) Si ceci paraît juste du point de vue du raisonnement pur, il n'en est pas de même lorsque l'on tient compte de l'intérêt général ; c'est en effet dans son milieu familial que l'enfant trouvera ce « trésor de pensées accumulées » (Maurice Barrès : les Maîtres, p. 75) qui constitue la tradition : là grandira le bon citoyen. Les enfants, fruits de l'union libre, sont le plus souvent des candidats à « l'Assistance Publique ». L'Etat travaille donc contre lui-même en assimilant les deux situations. L'Etat travaille aussi contre l'intérêt des enfants, en faisant augmenter le nombre de ceux, qui le plus souvent, se voient privés de leur milieu vital.

(3) Voir les chiffres dans « la crise du mariage dans la législation intermédiaire » Olivier-Martin.

(4) Michon.

(5) Madelin « Revue de la semaine », 24 février 1922, p. 431.

II. — *La puissance paternelle*

Elle subit, elle aussi, une transformation brusque. Il y eut un rejet total de la tradition romaine. L'autorité paternelle qui (suivant les pays de coutumes) se trouva partagée entre le père et la mère ne subsista plus que sur les mineurs. La majorité de 21 ans admise pour le mariage fut émancipatrice pour tous actes. Le droit de correction strictement réglementé ne put être exercé par le père par voie d'autorité tandis qu'un tribunal de famille était institué pour juger les mineurs, son jugement étant homologué par l'autorité judiciaire.

Sous cette législation, le fondement de l'autorité paternelle semble se chercher. On veut sauvegarder l'intérêt de l'individu. Pour cela on entend d'abord rompre avec l'autoritarisme ancien et c'est pourquoi les droits ne seront donnés aux parents, relativement à leurs enfants qu'en fonction de l'avantage de ces mineurs et sous une surveillance étroite (Conseil de famille, Etat). D'autres droits risquent alors d'être brimés, ceux des parents majeurs qui doivent trouver la possibilité d'élever leurs enfants en toute indépendance, seule véritable garantie de l'intérêt des dits enfants.

Sous l'empire de telles lois, la puissance paternelle est très restreinte et l'on est bien près de considérer le père comme un délégué de l'Etat.

La Révolution avait ruiné les deux bases de la famille, anéantissant l'institution du mariage et ruinant l'autorité indépendante des parents, elle la remplaçait par celle incapable de l'Etat ! La société sombrait.

§ 2. — *Le Code Civil*

Bonaparte voulait relever la France. Il s'agissait de donner à nouveau des règles à la société. Le Code Civil fut rédigé, œuvre transactionnelle entre les anciens et les nouveaux principes.

I. — *Le divorce dans nos lois*

Sous l'empire du Code, on fit du mariage un contrat civil, mais de nature particulière. La possibilité de sa dissolution se présenta malheureusement sous l'aspect d'une question religieuse et non d'une question sociale. Considérant que les diverses confessions admettaient ou non le principe de l'indissolubilité, dans une pensée d'apaisement qui reconnaissait la liberté et la licéité de tous les cultes, on admit le divorce et la séparation de corps (1).

Le divorce de 1803 différait de celui de la loi de 1792. On ne pouvait plus divorcer que pour des causes déterminées réduites, et par consentement mutuel après des formalités compliquées : la procédure était longue et coûteuse.

Le droit avait mis de multiples barrières aux divorces et en 1805 leur moyenne tomba à 50 par an pour la ville de Paris (2).

Ce régime dura jusqu'à la loi du 8 mai 1816, qui reconnaissant la religion catholique pour religion d'Etat, supprima le divorce (Raisonnement de M. Trinquelague voté par une grande majorité). La question qui avait déjà été posée sur ce terrain religieux devait donc y demeurer...

Aussi, lors de la charte de 1830 qui ne reproduisit pas l'article relatif à la religion d'Etat, la question du divorce reparut et aboutit longtemps après à la loi Naquet du 27 juillet 1884. Elle se présenta d'ailleurs comme une victoire contre le principe religieux de l'indissolubilité, car une fois encore, elle n'était pas réclamée par l'opinion. Depuis, les lois se sont succédées, augmentant les possibilités de divorce et leur nombre s'est accru de façon effrayante.

La réglementation du statut des enfants lors du divorce est comprise dans de courts articles du Code, qui laissent une grande liberté aux juges. Mais qui, le plus souvent aussi, laissent bien des lacunes.

En ce cas, la forme juridique sous laquelle se pose pour

(1) Une autre raison de l'introduction du divorce, malgré l'apposition très catégorique d'un grand nombre d'auteurs (de Bonald) doit aussi être ajoutée : l'intérêt personnel du Consul qui voulait une descendance.

(2) Lalou.

le juge le problème de l'enfance est celle de l'adaptation des attributions de la puissance paternelle à la nouvelle situation, ou le moyen de suppléer à ces droits lorsqu'ils sont insuffisants pour assurer l'accomplissement des obligations des parents.

Une analyse de cette puissance, ainsi qu'a entendu la régler notre Code, nous permettra de voir le but qu'elle se propose. Muni de ces directives, nous envisagerons bientôt notre problème.

II. — *La puissance paternelle*

La puissance paternelle, ainsi que l'organise notre Code Civil, paraît imprégnée des tendances non toujours concordantes du droit coutumier et du droit écrit.

Cependant, à envisager les travaux préparatoires, le fondement de cette autorité semble être nettement établi : il s'agit de l'intérêt des enfants.

Pour Berlier, « le mot puissance est hors de proportion avec l'idée qu'on veut exprimer », mais pour Malleville, le supprimer pourrait faire croire que la loi ne voudrait pas la chose, aussi le titre fut-il conservé. Réal définit cette autorité en établissant sa raison d'être « un droit fondé « sur la nature, qui donne au père et à la mère pendant « un temps limité et sous certaines conditions la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance « des biens de leurs enfants » (1). Albisson dira nettement : « L'autorité des père et mère sur leurs enfants n'ayant directement d'autre *cause*, d'autre but que l'intérêt de « ceux-ci, n'est pas à proprement parler un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et « sans obstacle, un devoir indispensable et sacré ».

Ceci nous montre que l'autorité paternelle répond à deux fins : une idée de protection de l'enfant limitée par la majorité ou l'émancipation et le contrôle de l'Etat en cas d'abus des titulaires, et une idée d'aptitude naturelle pour

(1) Dalloz, Répertoire Puis. pat., p. 555, n° 9.

les parents à remplir non une tutelle, mais une véritable magistrature, aptitude à être éducateurs de leurs enfants.

C'est dans l'intérêt des enfants que l'autorité forte des parents est nécessaire. Sa nécessité la rendant d'ordre public, les parents ne peuvent s'y soustraire.

L'article 203 indique leurs obligations communes qui peuvent se résumer dans le devoir d'éducation. On ne les définit ni ne les organise, s'en rapportant aux sentiments d'affection des père et mère.

Mais ces règles cohérentes et rationnelles lorsqu'elles s'appliqueront dans un ménage uni, se montreront difficilement conciliables avec la situation résultant du divorce.

CHAPITRE II

STATISTIQUES

(D'après la statistique générale de la France)

Nous donnerons ici quelques chiffres qui d'eux-mêmes diront l'importance de ce problème du divorce.

Années	Mariages	Divorces	Proportions			
—	—	—	—	—	—	—
1885...	283.170	4.227 = 14	Div. $\frac{\circ}{100}$	Mar. ou 1	Div. p ^r 66	Mar.
1890...	269.332	5.457 = 20	—	—	50	—
1895...	282.915	6.751 = 23	—	—	42	—
1900...	299.084	7.157 = 23	—	—	41	—
1905...	302.623	10.019 = 32	—	—	30	—
1910...	307.700	13.049 = 42	—	—	24	—
1913 (1)	298.900	15.335 = 51	—	—	20	—

Après la guerre, le divorce a continué de prendre un considérable développement, c'est ce que nous pouvons constater en traçant le tableau suivant :

Années	Mar. (2)	Div. (2)	Proportions			
—	—	—	—	—	—	—
1920...	622.700	29.100 = 46	Div. $\frac{\circ}{100}$	Mar. ou 1	Div. p ^r 21	Mar.
1921...	455.500	32.500 = 71	—	—	14	—
1922...	384.600	27.500 = 71	—	—	14	—
1923...	355.100	23.400 = 65	—	—	15	—
1924...	355.400	20.900 = 58	—	—	17	—
1925...	352.800	19.900 = 56	—	—	17	—
1926...	345.400	19.800 = 57	—	—	17	—
1927...	336.400	18.000 = 53	—	—	18	—
1928...	338.800	18.700 = 55	—	—	18	—
1929...	334.300	19.200 = 57	—	—	17	—
1930...	342.100	20.400 = 59	—	—	16	—
1931...	326.700	21.200 = 63	—	—	15	—
1932...	315.000	21.700 = 68	—	—	14	—

(1) Durant les années de guerre les statistiques qui purent être établies furent forcément incomplètes. C'est pourquoi nous avons pris l'année 1913 de préférence à l'année 1915.

(2) Nous négligeons les dizaines et les unités.

Nous reprendrons exactement les chiffres de ces dernières années qui sont particulièrement significatifs dans le mouvement qu'ils indiquent. Nous aurons les résultats suivants :

Années	Mariages	Divorces	Proportions		
1933...	315.668	20.808 = 65	Div. $\frac{\circ}{100}$	Mar. ou 1	Div. p' 18 Mar.
1934...	298.482	20.414 = 68	—	—	14 —
1935...	284.895	21.004 = 74	—	—	13 —
1936 (1)	279.743	21.997 = 78	—	—	11 —
1937 (1)	274.122	23.614 = 84	—	—	11 —

Par conséquent, depuis 1935, nous avons dépassé — et de combien ! — le pourcentage record des années 1921 et 1922 qui suivirent la guerre.

Parmi ces divorces, il est intéressant de connaître la proportion des foyers avec enfants qui demandent à la loi leur rupture. Nous verrons ainsi, au point de vue social, l'importance du problème que nous envisagerons.

Pour 1.000 divorces.

Enfants	1911/13 (2)	1914/19 (3)	1921/25	1926/30	1931/35
0	= 466	512	552	545	495
1	= 286	274	262	282	303
2	= 152	137	118	114	134
3	= 58	47	40	36	42
4 et plus	= 38	30	28	23	26
	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000

Les résultats relevés, nous permettent de considérer que les foyers dissous, avec ou sans enfant, sont à peu près en nombre égal.

Par conséquent :

1° Le problème de la situation des enfants de parents divorcés mérite d'être pris en considération, puisque un divorce sur deux pose la question.

(1) Nombres relevés dans « la Justice Sociale », 15 sept. 1938 (ceux de la S.G.F. n'ayant pas encore paru). Mêmes renseignements communiqués par « l'Alliance Nationale ».

(2) Pour 87 départements.

(3) Pour 77 départements.

2° Le divorce intéresse l'enfance à un autre point de vue : il supprime la possibilité même de l'existence de l'enfant, puisque la moitié des unions qui se rompent légalement sont stériles (1).

(1) Notre problème vient donc, à cet titre, s'intégrer de façon saisissante dans un autre plus vaste et particulièrement important du point de vue national : celui de la dépopulation.

En effet, si la proportion des nouveaux mariés pour 10.000 habitants est sensiblement plus faible en 1935 : 136 qu'en 1913 : 150 — Ce mouvement de baisse s'accusant dans les années qui suivent (et ceci n'est pas étonnant car moins le mariage présente de garanties de stabilité et plus les individus le considèrent légèrement et s'en passent facilement) — Et si la proportion des divorces s'élève ; nous croyons pouvoir établir une relation entre le divorce et les résultats des recensements :

La population qui a augmenté doucement depuis 1904 (39.210.000 hab.) jusqu'en 1934 (41.950.000 hab.) est maintenant en régression, l'année 1935 subissant un excédent de décès de 17.800 et les années 1936 et 1937 de 11 à 12.000.

Le divorce nous semble agir comme une des causes de la dépopulation.
« Les régions où l'on divorce le plus sont celles où l'on naît le moins » Rouast.

DEUXIÈME PARTIE

ESSAI JURIDIQUE DE DROIT FRANÇAIS

L'enfant d'aujourd'hui est l'homme de demain. C'est l'individu qui, en tant que tel, a droit au développement optimum de sa personnalité. Cette fin nécessite son entretien et son éducation, c'est aux parents qu'elle incombe.

Notre Code reconnaît aux père et mère la jouissance de la puissance paternelle comme conséquence des charges qu'ils doivent assumer (C. Civ., art. 371 à 387).

Nous définirons la Puissance paternelle de la façon suivante :

C'est l'ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur — non émancipé — afin qu'ils remplissent, au mieux des intérêts de cet enfant, les lourds devoirs qui sont les leurs. Son but est de leur rendre possible l'entretien et l'éducation de l'enfant (1).

Cependant cette expression a aussi dans notre droit une autre signification plus restreinte :

«... Elle ne désigne que les droits dans l'exercice desquels la loi laisse aux parents un pouvoir presque discrétionnaire à l'abri des empiètements des tribunaux et du reste de la famille. La Puissance paternelle est alors

(1) Voir Planiol, Ripert, Savatier, Droit Civil, t. I, p. 349.

« le domaine où la société abdique ses droits entre les
 « mains du père et de la mère, considérés comme juges
 « infaillibles de l'intérêt de l'enfant en particulier et de
 « la famille en général. C'est en effet l'intérêt familial que
 « représentent les parents : en leur personne, la loi sau-
 « vegarde l'autonomie qui doit appartenir dans la société,
 « à la famille dont ils sont les chefs » (1).

Lorsque le divorce est prononcé, que devient la puissance paternelle ?

Il est bien évident que l'on ne peut envisager l'institution que de la façon dont nous l'avons définie en premier lieu. Il semble en effet, que par la rupture de leur mariage, les père et mère ne peuvent plus être considérés comme « les juges infaillibles » de l'intérêt familial et de l'intérêt de l'enfant. Celui-ci trouvant dans celui-là le meilleur garant. Lorsque les chefs sont en mésintelligence, lorsqu'ils ont brisé le domaine de leur souveraineté, il faut trouver un arbitre de leurs droits respectifs (nous verrons que le tribunal joue ce rôle). La puissance paternelle qui subsistera après la dissolution de l'union conjugale sera donc amputée de son indépendance.

La jouissance de la puissance paternelle appartient au père et à la mère (C. Civ. art. 372). L'exercice de ces droits revient au père durant le mariage (art. 373). Mais notre Code ne statue pas sur son attribution en cas de divorce.

Certains auteurs ici se partagent, proposant des systèmes différents.

1° La puissance paternelle suivrait le droit de garde (2). Théorie difficile à admettre, puisque le gardien peut être un tiers.

2° La puissance paternelle resterait avec toutes ses conséquences entre les mains du père. Plusieurs auteurs se sont ralliés à cet avis (3). Il semble cependant que c'est

(1) Planiol (*idem*), p. 350.

(2) Zachariæ, t. 1, n° 271.

(3) Willequet-Massol, n° 333. Demante, t. 1, n° 287. Massé et Vergé, t. 1, n° 232. Demolombe, t. IV, n° 511. Carpentiers, 301. Proudhon in *Etat des personnes*, t. 1, p. 328.

aller à l'encontre de l'esprit du Code ; l'article 303 donne aux deux parents un droit de surveillance sur leurs enfants.

3° La puissance paternelle disparaîtrait pour faire place à la tutelle (1). Nous pensons qu'aucun article du Code ne nous permette d'établir une tutelle en dehors de la mort. Et la jurisprudence n'a jamais reconnu l'existence d'une tutelle dans ce cas (Paris, 15 déc. 1886 ; Loi 19 jan. 1887).

4° Plus généralement on admet qu'il n'y a « pas de raison de prééminence du père sur la mère » (2).

En effet, en l'état actuel de notre législation, il est logique de leur reconnaître à tous deux des droits égaux. Ce sera une question de faits et de circonstances (l'avantage de l'enfant) qui motivera l'attribution ou la délégation de l'exercice des divers éléments de cette puissance. « Chacun que époux, fut-il coupable, conserve la part qui lui appartenait dans la puissance paternelle à exercer sur la personne des enfants communs... seulement des nécessités pratiques inéluctables imposent de justifier l'exercice de la puissance paternelle » (3).

Nous pouvons ajouter, en ce sens, que si l'exercice de cette puissance revient à la mère en cas d'impossibilité pour le père de remplir son obligation durant le mariage, c'est donc que notre droit consacre une hiérarchie nécessaire dans le foyer, mais non un genre d'incapacité attachée à la personne. Soit à admettre que le jour où le foyer disparaît, sa hiérarchie n'a plus de raison d'être et les personnes qui le formaient retrouvent de droit leur égalité.

La jurisprudence, parfois hésitante, semble consacrer ce dernier système (4) (Rouen, 7 fév. 1903. — *Gaz. P.*, 1903, 2, 121. — *Dr.* 23 juin 1903) ici « le père conserve son droit de puissance paternelle tant qu'il n'en a pas été déchu par

(1) Locré, esprit du Code Napoléon, t. IV, p. 24.

(2) Laurent, t. III, n° 294 ; Planiol, Ripert, Rouast, *Droit Civil*, t. II.

(3) Colin Capitant, t. I, p. 224. De même voir Josserand, *Droit Civil*.

(4) En sens contraire trib. Seine, 22 janvier 1892. *Gaz. Trib.*, 19 mars 1892.

« décision de justice » malgré que le divorce soit prononcé à ses torts.

Mais un arrêt de Grenoble pose le principe avec une grande netteté (Grenoble, 24 juillet 1900 : S. 1903, 2, 9).

« Attendu à cet égard, que la puissance paternelle appartient en principe tout à la fois au père et à la mère et que si le père l'exerce seul pendant le mariage, chacun des époux, après la rupture de la vie commune par le divorce, en reprend l'exercice sous la surveillance de son ancien conjoint et le contrôle des magistrats : qu'en cas de conflit entre les droits égaux des deux conjoints divorcés, il appartient aux tribunaux de le trancher... et que la mère divorcée puise dans la puissance paternelle dont elle a pour sa part l'exercice... » (1)

L'exercice de la puissance paternelle appartenant aux deux parents divorcés, comment les départagera-t-on ?

Ce rôle sera celui des tribunaux qui auront à résoudre le problème de la dissociation de ses différents attributs et de la délégation de l'exercice de certains d'entre eux au mieux des intérêts de l'enfant. Il n'y aura jamais dans ce cas de droit sans jugement. La jurisprudence a donc pris une place considérable en la matière et son étude sera en grande partie celle de notre problème.

Nous allons, dans un chapitre préliminaire, examiner les caractères et les effets généraux du jugement, puis dans les chapitres suivants, nous étudierons les divers éléments de la puissance paternelle relativement à la personne et aux biens des enfants mineurs.

Nous ne perdrons pas de vue qu'il s'agit de donner à l'enfant le développement de sa personnalité suivant ses possibilités sociales. Aussi lorsque les droits de puissance se montreront insuffisants ou inefficaces, nous verrons comment on peut remédier à cette déficience en se fondant sur l'obligation des parents d'assurer l'éducation et l'entretien à chacun de leurs enfants.

(1) De même voir Paris, 29 mai 1908, Gaz. P., 1908-2-31 et Alger, 24 juil. 1911, Gaz. T., 21 sept. 1911, Loi 10 oct. 1911,

CHAPITRE PRELIMINAIRE

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE JUGEMENT

Il faut une décision de justice pour régler légalement le sort des enfants lors du divorce des parents. Le jugement devra trancher en ce cas, un conflit relatif à la puissance paternelle.

SECTION I. — LA CAUSE

La cause des droits en litige est ici d'une nature toute particulière, qui donnera au jugement des caractères originaux.

§ 1. — *Sa détermination*

Le faisceau de droits et d'obligations dont s'agit, la puissance paternelle a un fondement, mais nous l'avons vu, qui se présente sous un double aspect (1).

1° L'intérêt proprement dit de l'enfant ;

2° Un besoin d'affection des parents qui se traduit par une aptitude spéciale à être éducateurs.

Mais cette double notion doit, semble-t-il, être réduite à l'unité, car la réalisation de ce besoin d'affection est corollaire de l'intérêt de l'enfant, lui est subordonnée, se confond avec cet intérêt même. Il faut le déterminer. La cause des droits est cet intérêt déterminé.

(1) Voir l'évolution de la notion de puissance paternelle dans notre partie historique.

Analysons brièvement, dans le cas concret qui nous occupe, cette notion de cause. L'intérêt de l'enfant est une question vitale qui dépendra des circonstances, des vicissitudes de l'existence et qui sera déterminé par l'appréciation que l'on portera sur cet ensemble de faits. Mais ces faits étant sujets à changements de par leur nature même — la vie — ils peuvent modifier l'intérêt qu'ils conditionnent. Nous pouvons dire que l'intérêt du mineur sera tel, dans certaines circonstances données, mais que ces circonstances venant à se modifier, d'autres nouvelles venant à se produire, l'intérêt (soit la cause) peut ne plus être le même, il peut avoir changé.

Dans l'hypothèse normale du foyer uni, les circonstances sont telles — les époux sont mariés — que la loi reconnaît être l'intérêt des enfants que les parents jouissent de la puissance paternelle et l'exercent. La loi leur laisse alors complète indépendance pour déterminer eux-mêmes cet intérêt, et pour faire usage, suivant leur propre détermination, des droits de puissance qui leur sont reconnus. Deux cas particuliers viennent confirmer ces règles.

1° Si le père ne veut pas assurer les charges de l'éducation, il fera, dans l'intérêt de l'enfant — suivant des règles particulières — délégation de sa puissance à Assistance publique.

2° Dans des cas déterminés, il est reconnu par autorité de justice que la puissance paternelle n'est point exercée dans l'intérêt de l'enfant, d'où déchéance de cette puissance (L. 24 juillet 1889).

Lors du divorce, la loi déclare que la détermination de cet intérêt, — c'est-à-dire le jugement porté sur la valeur des circonstances — doit être faite par le magistrat. La chose est équitable — Le foyer étant brisé, il ne peut plus y avoir la décision concordante des père et mère, mais le plus souvent dualité de décisions. — Or, l'intérêt des enfants est une question unique et concrète, correspondant à l'éducation la plus adéquate à leur nature et aux moyens d'y satisfaire. Le juge recherchera quel sera l'intérêt des enfants : cause des droits de puissance; puis, de quelle fa-

con il pourra être réalisé : ceci aboutira à un aménagement de la puissance, ce sera l'objet de la demande (Voir infra).

Toutes les mesures seront donc prises dans le plus grand intérêt des enfants — Règle posée par le Code Civil (art. 240 : mesures en cours d'instance ; art. 302 : relativement à la garde ; art. 389, al. 3 au sujet de l'administration légale).

§ 2. — Conséquences

1. *Pouvoir discrétionnaire, souverain du juge.* — Puisque l'intérêt de l'enfant est fonction des circonstances (1), cette détermination de l'intérêt est une question de fait qui sera tranchée par le juge du fait : d'où son pouvoir souverain en cette matière. Il rendra un jugement suffisamment motivé, lorsqu'il le déclarera conforme à l'intérêt des enfants.

La Cour de Cassation a sanctionné à maintes reprises ces pouvoirs des juges :

« Les juges du fond apprécient souverainement pour le « plus grand avantage des enfants. »

C. Req. 19 janv. 1931. — Gaz. P. 1931-1-453.

De même, la décision « est souveraine et échappe au « contrôle de la Cour de Cassation...

Cass. 14 avril 1919. — Gaz. P. 1918/19-1-756. — S. 1921-1-67 (2).

Ces pouvoirs du juge sont très étendus. Il pourra s'éclairer de toutes façons qu'il jugera nécessaire. Il « peut puiser « dans une enquête, discutée, lors de précédents débats, « des renseignements lui permettant d'apprécier... l'intérêt « de l'enfant. » (En l'espèce, enquête d'une précédente instance en séparation de corps terminée par une réconciliation).

(1) Citons en quelques unes : aptitudes de l'enfant, son âge, situation matérielle ou honorifique d'un des parents qui facilitera l'éducation, ou au contraire, situation morale qui sera nuisible par l'exemple qu'elle imposera, etc...

(2) Même sens : Cass. 12 février 1918. — S. 1918/19-1-219.

Cass. 2 janvier 1912. — S. 1912-1-524.

Cass. 27 janv. 1908. — D. 1908-1-155.

Cass. 7 mai 1900. — Gaz. P. 1900-1-804.

Cass. Req. 20 janv. 1931. — Gaz. P. 1931-1-607. — S. 1931-1-103.

La loi ouvre largement la possibilité de porter les différentes circonstances à la connaissance du juge (Droit d'intervention de la famille et du ministère public, art. 240 et 302 ; C. Civ., voir *infra*, sect. II).

Mais celui-ci appréciera en toute liberté les motifs à lui soumis par les parties : Le juge a un pouvoir souverain pour apprécier l'intérêt (de l'enfant) et peut refuser les modifications en déclarant :

« Qu'il n'est pas justifié d'aucune raison devant le faire modifier. C. Civ. 24 nov. 1886. — Gaz. P. 1886, p. 844. — S. 88-1-33.

De plus, il pourra d'office, de son propre chef, prescrire certaines mesures qui lui paraîtront utiles (par ordonnances en cours d'instance ou par son jugement).

« Pouvoir des tribunaux, soit même d'office d'ordonner « toutes mesures dans l'intérêt des enfants.

Paris 15 nov. 1899. — Gaz. P. 99-2-610.

De même, grâce au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, ils :

« peuvent modifier les mesures antérieurement prises à « ce sujet et cela même en dehors de toute conclusion. »

Cass. 16 juil. 1903. — S. 1905-1-318 (Voir 2 suiv.)

2. *Mesures provisoires.* — Le jugement rendu étant donné certaines circonstances prises en considération, aura l'autorité s'attachant à tout jugement, il produira ses effets relativement aux droits dont il dispose entre les mêmes parties tant qu'une autre cause ne pourra pas être invoquée. Mais ici, nous avons analysé les fréquences du changement de cause. L'intérêt de l'enfant pouvant changer lorsqu'une circonstance nouvelle importante se produit. Pour ce, il faut que la circonstance invoquée soit telle de par sa nature et son existence, qu'elle occasionne une modification dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, il faut qu'elle soit déterminante du changement d'intérêt ; alors on remettra le droit envisagé en question devant le juge, car à son appui, on invoquera une cause différente.

C'est pourquoi l'on dit que les mesures concernant les enfants sont toujours provisoires, qu'elles sont révocables.

Cette particularité de ces décisions judiciaires de pouvoir contenir en des jugements définitifs des « mesures provisoires », n'est pas indiquée dans la loi, mais découle logiquement de la notion de cause reconnue par le code aux droits envisagés, et a toujours été sanctionnée par la jurisprudence.

« Les mesures concernant la garde et l'éducation des
« enfants sont essentiellement provisoires et toujours ré-
« vocables. »

Cass. 1^{er} août 1912. — D. 12-1-357. — S. 12-1-464. — Gaz. P. 12-1-464 (1).

Ces mesures sont provisoires même s'il est intervenue une convention.

« ...et il ne peut en être autrement de celles (mesures)
« adoptées en suite d'un accord entre les père et mère...
« puisque l'intérêt de l'enfant peut exiger des modifica-
« tions... si le père et la mère (sont) en contestation à cet
« égard. »

Cass. 4 juil. 1893. — Gaz. P. 1893-2-238.

Les arrêts semblent confirmer cette théorie, car il faut justifier qu'une circonstance nouvelle se soit produite pour que l'intérêt de l'enfant puisse motiver un nouveau jugement.

« Si les mesures sont provisoires... encore faut-il pour
« qu'elles puissent être rétractées... que des circonstances
« fortuites ou imprévues se soient produites et que, en face
« de ces éventualités nouvelles, le plus grand avantage des
« enfants exige que la décision primitive soit modifiée. »

Rouen, 7 juin 1899. — Gaz. P. 99-2-543. D. 1900-2-287 (2).

De même les mesures ne seront pas révoquées « si
« l'époux qui demande la révision n'apporte aucune preuve à ses allégations ».

Lyon, 7 avril 1895. — Mon. Lyon, 2 nov. 1898 (3).

(1) Même sens : Cass. Civ. 21 juin 1921. — D. 1921-1-15.

(2) Il nous semble donc que la jurisprudence se contredise lorsqu'elle commence par dire que ces décisions « n'acquiescent jamais l'autorité de la chose jugée ». Rouen, *idem*.

(3) Même sens : Paris, 9 juil. 1913. — D. 1915-2-54.

3. *Mesures exécutoires.* — L'intérêt de l'enfant ayant été déterminé en fonction de telles circonstances vitales par un juge auquel on a reconnu un pouvoir souverain, discrétionnaire ; il est normal que la sentence qui répond à un besoin toujours immédiat soit en tous les cas exécutoires par provision.

« L'effet suspensif du pourvoi en cassation... ne saurait
« atteindre les mesures relatives aux enfants, lesquelles
« doivent rester exécutoires malgré le pourvoi à raison
« de leur caractère. »

Cass. 7 juil. 1921. — Gaz. P. 21-2-414. — Gaz. T. 11 déc. 1921 (1).

SECTION II. — LES PARTIES. — DROIT D'INTERVENTION

Le sort qui se joue est celui des enfants, mais les parties en cause sont leurs parents. Ce débat a ceci de singulier que les représentants des incapables sont entre eux des adversaires réciproques ayant à défendre des droits communs relatifs aux représentés et dont l'exercice par un seul des représentants sera le plus souvent l'enjeu du procès.

Les parents devraient être les meilleurs juges de l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi, celui, même coupable, qui posera des conclusions relativement à ses enfants pourra les voir agréer. Cass. 23 juil. 1923. — G. P. 23-2-564.

Mais les père et mère ont une exigence naturelle qui constitue un droit sur les dits enfants.

Cet état de chose explique que les incapables aient besoin, parfois, d'un porte-parole autre que leurs parents, et c'est ainsi que la loi a reconnu largement un droit d'intervention au Ministère Public et à la famille (C. Civ. art. 240 et 302). Malheureusement, le Ministère Public auquel on communique obligatoirement le dossier de l'affaire au cours de la procédure reste inerte. Cette lacune est particulièrement regrettable. Il serait souhaitable qu'il soutienne

(1) Même sens : Aix, 31 juil. 1924. — D. P. 1925-2-64.
Paris, 21 janvier 1895. — G. T. 8 févr. 1895.
(Voir appendice II, Procédure).

strictement la cause des enfants en présence de parents qui ne peuvent toujours le faire objectivement.

Le droit de la famille (art. 240 et 302) est souvent employé. La signification du terme « famille » nous est donné par un arrêt de Cass. 28 fév. 1893. — Gaz. P. 93-375. — S. 94-1-329 qui s'exprime en ces termes :

« le législateur a voulu ainsi conférer individuellement
« à tous les membres de la famille le droit d'intervenir
« dans l'instance de divorce pour réclamer dans l'intérêt
« des enfants les mesures nécessaires ».

De même la Cour de Douai précise (Douai, 2 déc. 1901. — Gaz. P. 1902-1-46). Il s'agit d'un membre de la famille « suffisamment qualifié pour prendre soin des intérêts de « l'enfant ».

L'intervention pourra avoir lieu à tous moments du procès et même après (v. infra, chap. II, sect. II).

Pratiquement, les membres de la famille seront les grands parents, mais nous relevons cependant un arrêt dans lequel il est reconnu à un oncle le pouvoir de demander le changement des mesures prises. Cass. Req. 1888. Pand. Franç. 1889-1-271.

Ce droit d'intervention des membres de la famille est juste, car l'intérêt de l'enfant ne peut le plus souvent que bénéficier de connaître à son égard le point de vue familial.

Quant à la famille elle-même, l'on se demande jusqu'à quel point elle n'a pas un véritable droit sur les enfants, droit dont l'exercice et la jouissance reviendrait exclusivement aux grands parents, membres particulièrement qualifiés. La loi ne leur accorde pas, mais nous verrons que la jurisprudence reconnaît la manifestation de l'affection des aïeuls par un droit de visite (voir infra, chap. II Surveillance. Droit de visite).

Ces parties en présence, alors même qu'elles concourent à porter à la connaissance du juge les faits, les circonstances qui lui permettront de discerner la cause (l'intérêt de l'enfant) de la répartition équitable des droits de puissance sur le mineur, le font en fonction de leurs légitimes exigences d'affection envers l'enfant, réclamant quelque

droit à exercer sur lui. Il peut donc apparaître parfois, que l'on soit en présence d'une pluralité d'intérêts que la jurisprudence hiérarchiserait ainsi :

- 1° L'avantage de l'enfant ;
- 2° Les prérogatives de la puissance paternelle ;
- 3° Les exigences naturelles d'affection de certains membres de la famille.

En réalité, nous pensons que le jugement n'a pour but que d'assurer l'avantage de l'enfant, et les témoignages affectueux des parents et des grands-parents ne peuvent être que contraires ou favorables à l'intérêt du mineur ; s'ils sont contraires à son avantage, au nom de cet avantage, ils ne pourront se manifester ; s'ils ne vont pas à son encontre, ils lui seront forcément conformes (voir infra, chap. II, Droit de surveillance) étant des circonstances y concourant. Cependant alors, la dualité peut exister entre les droits reconnus par la loi aux parents et les prétentions légitimes des aïeuls sanctionnées par la jurisprudence ; en ce cas, évidemment, elles ne peuvent l'être que dans la mesure où elles ne gênent pas l'exercice de la puissance paternelle.

Il nous paraît que tel est le sens de la jurisprudence. Nous citerons un passage d'un arrêt de Cassation concluant à cet égard :

« ...dès lors que les juges, à qui il appartient de concilier
« l'intérêt des enfants et les droits et devoirs des ascen-
« dants envers eux avec l'exercice de la puissance pater-
« nelle dévolue à leur père ou mère, ont, en se *fondant*
« sur ces circonstances de fait, réglé le droit de visite de
« la grand'mère, sans avoir méconnu ce principe... »

Cass. Req. 16 déc. 1930. — S. 1931-1-207.

SECTION III. — L'OBJET. — LES EFFETS GÉNÉRAUX DU JUGEMENT

Le jugement a pour effet de répartir ou de déléguer l'exercice de divers éléments de la puissance paternelle

pour le plus grand intérêt des enfants. Nous étudierons dans les différents chapitres qui suivront le sort de chacun de ces éléments.

C'est en vertu de son pouvoir discrétionnaire que le juge trouvera la possibilité de les répartir et sa décision sera souveraine. Ceci est rationnel, car une fois qu'il aura déterminé l'intérêt en fonction des circonstances, il est logique que l'aménagement de la puissance se fasse suivant son équitable volonté.

Ce jugement sera alors constitutif, créateur d'un droit nouveau ; en effet, en pareil cas, le plus souvent, le juge n'interprêtera pas la loi, il ne dira pas simplement le droit, il donnera un ordre, une injonction (1).

Voici le principe général qui présidera le problème du règlement de la situation des mineurs devant le divorce de leurs auteurs.

Envisageons les principales conséquences de ce principe :

a) Lorsqu'il s'agira de droits relatifs à la personne de l'enfant, le jugement créera des obligations de faire à l'encontre de celui qui devra laisser s'exercer le droit. Exemples : obligation de remettre l'enfant à celui qui en a la garde : Bordeaux 16 mars 1894. — Gaz. T. 25 mai 1894. Obligation de laisser s'exercer le droit de visite. Ordre qui sera sanctionné le plus souvent par des astreintes. Elles nous apparaissent comme de véritables peines (privées, il est vrai, mais n'en conservent pas moins ce caractère). Parfois, cette inexécution constituera un délit (Loi 5 déc. 1901 en cas de non représentation de l'enfant, par un des père ou mère, au gardien).

b) De même pour les droits relatifs aux biens, l'administration légale pourra être déférée à une personne choisie par le juge et non au gardien, si l'intérêt de l'enfant le commande (voir plus loin titre II, comment sera déférée

(1) Ce pouvoir de donner une injonction, reconnu aux juges, vient du droit Romain, s'est conservé dans notre Ancien Droit pour passer dans notre Code de procédure, art. 1036 qui consacre le pouvoir de commander... « Prononcer des injonctions ». Voir Esmein : *L'Origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes* (Revue trim. de Dr. Civ., 1903, tome 2).

et réglée l'administration légale). Quant à l'obligation d'entretien des enfants, elle se résoudra en obligation de somme d'argent dont l'inexécution sera rigoureusement réprimée (Loi sur l'abandon de famille, 7 fév. 1924. Saisie arrêt, loi 13 juil. 1907, etc.).

Il est en effet indispensable que l'enfant privé du foyer normal puisse vivre et être élevé. Pour ce, il faut que les deux parents y contribuent suivant leurs ressources.

TITRE PREMIER

LA PERSONNE DE L'ENFANT

L'enfant a besoin d'être protégé et dirigé. Les parents ont une exigence naturelle d'affection à satisfaire en la personne de leurs enfants. C'est à ce double titre que vont être réglementés les droits sur la personne de l'enfant mineur, de parents divorcés.

La garde assurera la protection de l'enfant.

La surveillance et les droits de visite permettront aux parents de satisfaire leur affection et l'intérêt bienfaisant qu'ils lui portent.

L'un et l'autre de ces droits se pénétrant, se complétant, se limitant et s'exerçant couramment, il est artificiel d'en traiter séparément. Cependant, pour mettre un peu de clarté dans notre exposé, nous les étudierons dans nos deux premiers chapitres.

Nous verrons ensuite ce qu'il advient du droit de correction et nous terminerons par l'étude de certaines modifications qui peuvent survenir au statut familial.

CHAPITRE PREMIER

DROIT DE GARDE

Le droit de garde est l'attribut le plus important de la puissance paternelle. C'est lui qui confère au gardien un droit direct sur la personne de l'enfant.

Nous verrons par la suite, que de lui découlent ou se rattachent d'autres attributs : La surveillance n'est qu'une limitation de la garde ; le droit de correction semble impliquer la notion de garde dans ses conditions d'exercice ; l'administration légale est, en règle générale, donnée au gardien ; l'obligation d'entretien se résoud en une obligation de somme d'argent qui est remise au gardien pour assurer l'éducation.

En matière de garde d'enfants après divorce des parents, le code ne nous donne qu'un art. 302 posant un principe large et souple et qui reconnaît aux juges un pouvoir discrétionnaire pour déléguer l'exercice de ce droit.

SECTION I. — DÉFINITION ET ÉTENDUE

Il est assez difficile de définir exactement et précisément le droit de garde. Dans le cas qui nous occupe, nous verrons que ce droit est réglementé par le tribunal qui en donnera l'exercice dans toute son étendue ou le limitera suivant les cas.

D'une façon générale, garder c'est conserver et entretenir. Ici, nous dirons que la garde, c'est la « possession » de

l'enfant ; c'est un droit qui donne la possibilité d'un contact, d'une influence, d'une protection directe et continue.

Nous donnerons cette définition : garder c'est donner directement une protection physique et morale et assurer l'éducation.

§ 1. — *De la protection.*

« La garde de l'enfant mineur confié par l'autorité de justice à la mère divorcée, implique... pour celle-ci, le devoir de veiller à la protection de cet enfant. »

Paris, 15 déc. 1886. — Loi 19 janvier 1887.

1° *Protection physique.* — Le gardien doit prendre soin de la personne de l'enfant, lui procurer ce qui est nécessaire à sa vie en assurant son entretien (ceci d'ailleurs en disposant de revenus appartenant à l'enfant ou d'une somme d'argent : part contributive à l'entretien que doivent verser les deux parents proportionnellement à leurs ressources (voir Titre II, ch. II) :

L'époux gardien a la « gestion de la personne des enfants » Trib. civ. Lorient, 4 juin 1912. — D. 1913-5-62.

Cette protection physique n'implique pas nécessairement que l'enfant doit habiter chez son gardien : la santé du mineur ou son éducation peuvent nécessiter qu'il en soit autrement (1).

Le gardien est responsable des soins dus à l'enfant.

2° *Protection morale.* —

A) Cette protection de l'enfant se traduira par une surveillance de ses relations. Contrôle qui s'exercera sous la limitation du droit de surveillance des père et mère, art. 303 C. civ. toujours réalisable pratiquement en un droit de visite (voir chap. suivant).

Cette réserve faite, le gardien pourra s'opposer à ce que l'enfant voit certaines personnes. Le cas typique qui se présente est celui du second époux de l'un des ex-conjoint

(1) Trib. Civ. Montpellier, 1^{er} mars 1934. La loi, 20 avril 1934.

— Ce second époux étant souvent un ancien complice d'adultère — C'est alors que se présente un des problèmes les plus délicats et douloureux que pose le divorce lorsqu'il y a des enfants : laisser ceux-ci voir et être surveillés par leur père et mère tout en évitant les rapports avec le nouveau conjoint de leur parent.

« Le droit de garde confié par la justice à celui des époux
« qui a obtenu le divorce comporte le droit de surveiller les
« enfants dans leurs relations et de leur interdire tous
« rapports dangereux ou simplement inopportuns pour
« leur formation morale ou leur dignité. »

Trib. civ. Seine, 17 mars 1923. Gaz. P. 23-2-27. Gaz. T. 26 déc. 23 (1).

D'ailleurs cette circonstance motivera souvent un changement dans les mesures relatives aux enfants : soit de la garde (voir infra) soit des modalités d'exercice du droit de visite (chap. suivant).

Cependant, il ne doit pas être fait abus de ce droit de contrôle des relations, et c'est ainsi que le père gardien, doit laisser la mère et les grands-parents voir leur enfant qui est tombé gravement malade, en dehors des jours et heures fixés par le Tribunal. (Cette hypothèse ouvre un droit à un changement de réglementation du droit de visite).

Rouen 7 juin 1899. — D. 1900-2-287. — Gaz. P. 1899-2-543.

B) Le gardien a le droit de surveiller la correspondance des enfants. Toutefois, les père et mère peuvent correspondre librement avec eux (voir surveillance).

Rouen 7 juin 1899. — Gaz. P. 1899-2-543.

Cette double protection qu'assurera le gardien à des conséquences juridiques importantes.

1° Le domicile de l'enfant, sera tout naturellement chez son gardien :

« ...les enfants mineurs ont leur domicile chez celui de
« leurs parents auquel ils sont confiés et spécialement chez
« leur mère si celle-ci en a la garde. »

(1) Même sens : Rouen, 30 juil. 1930. — S. 1931-2-119.

Trib. civ. Lorient, 4 juin 1912. — D. 1913-5-62.

a) C'est donc là que s'ouvrira la succession de l'enfant en cas de décès.

b) C'est ce domicile qui déterminera le lieu de réunion du conseil de famille lorsque s'ouvrira la tutelle (Lorient *idem*).

2° Le gardien trouvera dans sa fonction le titre nécessaire pour représenter l'incapable en justice afin de défendre ses droits. Notamment, il pourra intenter une action en réparation d'un préjudice subit par l'enfant à la suite d'un délit ou quasi-délit :

3° Le gardien est responsable de l'enfant qu'il a sous sa garde dans le sens de l'art. 1384 C. civ.

§ 2. — *De l'éducation*

Il ne suffit pas de protéger le mineur. On doit encore lui assurer la direction nécessaire pour lui permettre de trouver l'épanouissement de ses bonnes facultés : il faut « élever l'enfant » et pour ce, lui donner une éducation. Cette question de l'éducation est délicate. Suivant quels principes sera-t-elle assurée ?

Il faut évidemment se reporter au fondement général de tous ces droits relatifs aux enfants, et nous dirons que l'éducation doit leur être donnée suivant leur plus grand avantage. Mais ici, comment le déterminer ? La souplesse du principe n'aboutira-t-elle pas à une imprécision !

Il semble, en règle générale, quand il n'a rien été prévu à cet égard, que le gardien qui protège et qui est responsable du mineur ait le choix de son éducation : choix de sa formation morale, ce qui entraîne celui des principes directeurs, d'une religion ; choix de sa formation intellectuelle, c'est-à-dire de son instruction.

Tout ceci d'ailleurs, sous le risque de voir s'exercer le droit de surveillance des père et mère et d'intervention de la famille (voir chap. suivant).

L'éducation aboutit normalement au choix d'une car-

rière. C'est ainsi que l'enfant mineur devra dans ce cas demander l'autorisation de son gardien.

De même pour l'engagement militaire, c'est le gardien qui doit donner son consentement (L. 31 mars 1928 et L. 8 août 1913 L. sur les engagements dans l'armée de mer).

Cependant, ce droit ne sera pas toujours laissé au gardien dans toute son étendue. Il sera souvent limité par les conventions des parents ou les modifications indiquées par le tribunal lors de son attribution.

SECTION II. — TRANSACTIONS ET CONVENTIONS

Le droit de garde est celui, parmi ce faisceau de droits concourant au bien de l'enfant qui est le plus directement établi dans l'intérêt du mineur. Les règles s'y rapportant sont d'ordre public ; c'est pourquoi les transactions sont interdites :

« Toute transaction sur la garde des enfants est nulle
« comme contraire à l'ordre public.

« Si celui des époux divorcés à qui la garde était con-
« fiée a eu le tort d'abandonner à son conjoint la garde de
« fait de ses enfants, cet oubli momentané de ses droits et
« devoirs ne saurait (les) lui faire perdre... »

Bordeaux 13 juil. 1897. Rec. Bord. 1898-1-75.

De même, nous avons un arrêt de la Cour de Cassation disant :

Pour le mari « ...une renonciation à son droit de récla-
« mer la garde de ses enfants serait contraire à l'ordre
« public ».

Cass. 24 nov. 1903. G. P. 1904-1-57.

Il ne faut pas toute fois confondre ici les transactions qui peuvent avoir lieu et qui sont toujours nulles avec les conventions que peuvent faire entre eux les parents.

La loi a reconnu que la meilleure détermination de l'intérêt de l'enfant se faisait par l'accord des père et mère sur ce point — il y a là une sorte de présomption absolue lorsqu'ils sont mariés —.

Les conventions faites entre parents divorcés, au sujet des enfants, apparaissent comme la précision de leur accord à cet égard. Le nouvel état qui découle, ou va découler du divorce, ne laisse pas présumer avec la même certitude de la conformité de cet accord des parents et de l'intérêt de l'enfant. En effet, elles cachent parfois un but illicite tout à fait étranger à l'avantage de l'enfant : Trib. civ. Seine 18 juin 1934. — D. H. 1934 - 471 (en l'espèce le but était de faciliter la rupture du lien conjugal). Aussi le juge arbitre souverain vérifiera-t-il. Ces conventions seront pour lui les meilleures des indications, mais jamais il ne sera lié par elles ; le juge les sanctionnera quelquefois :

« Les Tribunaux peuvent sanctionner l'accord des parents seuls investis de la puissance paternelle au sujet de la personne à laquelle la garde de ces enfants devra être attribuée ».

Seine, 1^{er} juil. 1936. — Gaz. T. 1^{er} oct. 36. — D. H. 1936-467.

Parfois le juge leur substituera d'autres mesures, Cass. 4 juil. 1893. — Gaz. P. 93-2-238 (1). Enfin les accords ne pourront donner un caractère définitif aux mesures dont il s'agit puisqu'elles sont par essence provisoires.

Cass. 4 juil. 1893 (idem). Paris 14 mai 1927. — D. H. 1927-456.

SECTION III. — RÉGLEMENTATION PAR LE TRIBUNAL

Comment va être remis par le tribunal ce droit de garde ? Suivant quel principe ? Et ne peut-il, selon l'intérêt de l'enfant, aménager ce droit ?

Le juge le trouvera ici en présence de quelques règles souples posées par le C. civ. et parfois aussi de conventions que les parents ont passé entre eux. Mais nous verrons que le juge est souverainement libre de sa décision.

(1) Même sens ; Rouen, 30 juil. 1930. — S. 1931-2-119.

§ 1. — *Attribution de la garde*

L'art. 302 du C. Civ pose ici deux règles :

1° « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu
« le divorce,

2° « A moins que le tribunal, sur la demande de la
« famille, ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus
« grand avantage des enfants, que tous ou quelques uns
« d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit
« d'une tierce personne. »

La première règle se justifie à un double point de vue. L'époux au profit duquel le divorce a été prononcé n'est pas responsable de la rupture du foyer, milieu nécessaire à la vie de l'enfant ; il est en quelque sorte ce qui reste du foyer. De plus, la perte de la garde est ici considérée comme une sanction du divorce : cette conception se rattachant à l'idée originale de la puissance paternelle établie au profit du père.

Cependant la seconde proposition de l'art. 302 vient détruire, dit-on, la règle précédente, car le juge considère l'intérêt de l'enfant et attribue sa garde pour son plus grand avantage. Mais en réalité, la règle de la première proposition de l'article n'est que la première des deux applications de la cause de l'attribution : l'intérêt des mineurs. Or, leur intérêt sera dans la majorité des cas, d'être avec celui de leur père ou mère qui a obtenu le divorce : une « présomption de plus grande honorabilité » étant établie en faveur du conjoint innocent.

Lorsque le divorce est prononcé aux torts des deux conjoints, le tribunal ne se trouve même plus en présence d'une indication d'attribution. Il devra, là encore, en rechercher la cause : l'intérêt du mineur.

La jurisprudence fera application de ces règles.

« En cas de divorce ou de séparation de corps, c'est
« l'intérêt de l'enfant qui, en ce qui concerne la garde de
« celui-ci est le motif déterminant de la décision des ma-
« gistrats. Amiens, 18 juin 1890. — Rec. Am. 217, 1890 (1).

(1) Même sens : Bordeaux, 14 mars 1899. — Rec. Bord. 1899-1-249.

Elle attribuera la garde soit au conjoint qui a obtenu le divorce à son profit « la décision qui confie la garde des « enfants communs à celui des époux qui obtient le divorce étant l'application pure et simple de la disposition « principale de l'art. 302 du C. Civ. n'a pas besoin de « motifs spéciaux ».

Cass. 7 mars 1922. Gaz. P. 1922-1-724,

soit au père ou à la mère auxquels les torts sont reconnus (1), soit à un tiers « les tribunaux peuvent... confier la garde « à un membre de la famille, même à une tierce personne « en réglant le mode suivant lequel cette garde devra « s'exercer ».

Cass. 15 nov. 1899. Gaz. P. 99-2-610.

(Le plus souvent dans ce cas la garde est confiée à un grand parent) (2).

Quelquefois le droit de garde est donné à une maison d'éducation.

Cass. 31 mars 1908. — Gaz. P. 1908-1-631. — D. 1908-1-277 (3).

L'intérêt des enfants doit être considéré individuellement, car il peut ne pas être le même pour tous et c'est pourquoi la garde pourra être confiée suivant les mineurs à des personnes différentes.

Seine, 3 fév. 1902. — Loi 4 mars 1902.

Le plus souvent d'ailleurs, les très jeunes enfants sont laissés à la mère.

La Cour de Cassation reconnaît aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans cette attributions. La jurisprudence est constante en cette matière, admettant que les décisions des juges n'ont pas besoin d'être motivées :

« Les juges du fait ont un pouvoir souverain... pour « désigner suivant les circonstances la personne à laquelle « il convient de confier la garde des enfants. »

Cass. 28 fév. 1893. — Gaz. P. 93-328.

(1) Trib. Civ. Alger, 9 mai 1895. — Loi 5 juin 1895.

De même : Colmar, 27 juil 1931. — Revue Als.-Lorr. 1932-143.

(2) Cass. Req. 27 juil. 1931. — Gaz P. 1931-2-715.

De même : Cass. Req. 7 mai 1934. — Gaz. P. 1934-2-481.

(3) Même sens : C. Req 27 janv. 1908. — S. 08-1-510. — D. 08-1-155,

Une cour d'appel « en décidant qu'il y a lieu de confirmer et rendre définitives les mesures ordonnées par le tribunal... indique implicitement, mais suffisamment que ces mesures lui paraissent conformes à l'intérêt des enfants ».

Cass. 26 déc. 1928. — Gaz. P. 1929-1-370 (1).

Cependant nous pouvons noter que les tribunaux se sont donnés deux directives qui guident leur déterminations.

1° Lorsqu'il y a une convention des parents, le tribunal vérifie si elle est conforme à l'intérêt des enfants, souvent se contentant de la déclarer non contraire, et la sanctionne.

« Les tribunaux peuvent sanctionner l'accord des parents seuls investis de la puissance paternelle au sujet de la personne à laquelle la garde de ces enfants devra être attribuée... ».

Seine, 1^{er} juillet 1936. Gaz. T. 1^{er} oct. 1936. — D. H. 1936-467.

2° Le tribunal devra toujours essayer de donner la garde à l'un des parents, ce n'est que s'il reconnaît que la chose n'est pas conciliable avec l'intérêt de l'enfant qu'il la remettra à un tiers : ce sera le cas lorsque les deux parents seront d'une moralité redoutable pour l'éducation de leurs enfants ou qu'il y aura quelque impossibilité (du fait de leur genre d'existence, de leur profession, etc.).

§ 2. — *De quelques modalités particulières*

La garde peut être donnée à un des parents ou à un tiers purement et simplement. Dans ce cas, le gardien exerce le droit dans toute son étendue ainsi que nous l'avons analysé plus haut. Mais la garde pourra être limitée de plusieurs façons :

1° Le tribunal pourra donner la garde à un titulaire qui devra la remettre au bout d'un temps déterminé à un autre.

(1) Même sens : Cass. 11 juil. 1904. — Gaz. P. 1904-2-388.

Cass. 5 juil. 1909. — Gaz. P. 09-2-480. — S. 09-1-576.

Cass. R. 19 janv. 1931. — Gaz. P. 1931-1-453,

Riom, 13 nov. 1933. — Gaz. P. 33-2-991.

2° La garde peut être conférée, mais avec un programme d'éducation plus ou moins déterminé. C'est ainsi que, le plus fréquemment, sera indiquée la maison d'éducation dans laquelle l'enfant fera ses études (mesure résultant d'une convention des parents ou de l'initiative du tribunal).

Cass., 2 mars 1910. — Gaz. P. 1910-1-684. — D. 10-1-24. — S. 10-1-440.

3° Le gardien pourra être obligé de faire vivre son enfant, chez un tiers à la campagne par exemple, pour raison de santé.

Montpellier, 2 mars 1934. — La loi 20 avril 1934.

4° La garde pourra enfin, et le plus souvent sera limitée par des droits de visite réglementés, reconnus aux père et mère et aux grands-parents (voir chap. suivant).

§ 3. — *Nature de la fonction du gardien*

Le gardien a reçu délégation de l'exercice d'un des attributs de la puissance paternelle. Si c'est un des parents qui reçoit ce titre, sur sa tête se consolide un des droits de puissance, et il trouve la source de ses pouvoirs dans la puissance elle-même. Dans ce cas, on ne voit pas qu'il puisse refuser un tel titre, ou demander par la suite à en être déchargé : c'est un droit naturel, créant des obligations d'ordre public. — Mais si la garde est proposée à un tiers, celui-ci sera un délégué de nature spéciale. Il se verra conférer par justice l'exercice d'un droit, indépendamment parfois, de la volonté des titulaires de la puissance. Son pouvoir découlera uniquement du jugement. Mais comme ce droit entraîne de lourdes charges, il pourra le refuser, car si l'on est tenu d'accepter une tutelle, la loi ne fait aucune obligation d'accepter la garde d'enfants de parents divorcés. De même, il semble que si le gardien trouve sa tâche trop lourde, il peut s'adresser au tribunal pour lui demander d'être relevé de ses fonctions.

SECTION IV. — MODIFICATIONS

Ces mesures étant provisoires de par leur cause, l'intérêt de l'enfant, elles pourront être modifiées, lorsque se présenteront certaines circonstances nouvelles. Les Tribunaux ont « un pouvoir souverain pour régler la garde de « l'enfant dans son plus grand avantage... » Cass. 16 juillet 1903 S. 1905-1-318.

« Les tribunaux ne sont point liés par leurs décisions à « cet égard et ils peuvent les modifier toutes les fois que « l'intérêt de l'enfant paraît l'exiger. » Cass. 24 nov. 1886 — Gaz. P. 1886, p. 844. — S. 88-1-433 (1).

Nous envisagerons ici les hypothèses les plus fréquentes de modifications.

§ 1. — *L'éducation de l'enfant.*

Lorsque l'enfant reçoit une éducation, une formation insuffisante pour son âge ou ses aptitudes, il peut y avoir lieu d'imposer au gardien un programme d'éducation (voir chapitre suivant surveillance) ou bien de changer le titulaire de la garde. Le cas peut se présenter pour un enfant qui a été confié à sa grand'mère durant ses premières années, il se verra plus tard réclamé par son père qui voudra lui donner une direction plus ferme et une instruction plus approfondie (Rennes 3 nov. 1921. — Gaz. P. 21-2-515).

Cependant il est un cas qui montre une insuffisance de système. C'est celui de l'appréciation de l'éducation avant qu'elle ne soit donnée au mineur : le tribunal se déclarant impuissant à résoudre la question. Considérons l'arrêt de Riom 13 nov. 1933. — Gaz. P. 1933-2-991. Il y avait ici nécessité à choisir entre l'éducation qu'un enfant pourrait recevoir dans un foyer construit sur les bases de l'adultère, dans lequel le chef (son père) professait des principes

(1) Même sens : Cass. Civ. 23 juin 1921. — D. 1921-1-15.

révolutionnaires, et celle qu'offrait une femme (sa mère) qui se posait en adversaire de telles théories. Le juge devait départager les parents. Mais l'application des principes de liberté de la législation française le conduisit à décider :

« Dans une nation qui s'ennorgueillit, à juste titre, d'assurer à chaque citoyen sa liberté absolue de pensée, un athée ou un anticléricale a le droit, comme un croyant, d'élever son fils suivant ses idées et sa confession, sans qu'il appartienne à la justice, d'imposer au père et à la mère, une sorte de dogme politique, social ou religieux qu'ils devraient observer sous peine de se voir retirer la garde de leurs enfants. »

On se réservait, toutefois, de revenir plus tard sur la décision, s'il était alors prouvé que le père avait inculqué à son fils des théories antipatriotiques (l'objection de conscience).

Il fallait, ici, donner un gardien à l'enfant, et le choisir pour son plus grand avantage. Or dans ce choix, l'intérêt de l'enfant était fonction du milieu social, des influences, des principes de celui qui devait le protéger. Il n'était donc pas question de porter une appréciation sur les « dogmes politiques, sociaux ou religieux » du père, mais sur leurs conséquences relativement à l'éducation qu'il fallait assurer au mineur.

La position adoptée par le juge souverain est regrettable dans cette hypothèse, car il limite son pouvoir à ne juger d'un principe qu'une fois ses résultats acquis. La protection donnée à l'enfant est corrective et non préventive. Ainsi envisagée, elle est, pensons-nous, insuffisante, car en matière d'éducation il faut prévoir pour choisir et choisir pour diriger. Cependant l'appréciation de l'intérêt de l'enfant étant une question de fait, il est normal qu'un tel arrêt ait été sanctionné par la Cour de Cassation (Req. 25 juin 1934. — Gaz. P. 1934-2-640).

Ce que nous nous permettons de critiquer ici, c'est la limitation de pouvoir que se sont donnée les juges du fait et la façon dont ils l'ont motivé. Ceci présente un grave

danger dans l'appréciation même de l'intérêt de l'enfant.

La conséquence de cette insuffisance se fera sentir lorsqu'il surviendra entre parents un conflit relatif à la religion, aux principes directeurs, à la formation morale, suivant lesquels est élevé l'enfant. (Voir ch. II surveillance, sect. I § 1).

§ 2. — *Le second mariage des père et mère.*

Cette circonstance très fréquente, puisqu'une des raisons du divorce est justement de permettre aux conjoints qui se séparent, de se remarier chacun de leur côté, met souvent les enfants en présence de situations complexes et qui deviennent particulièrement critiques lorsqu'il s'agit de remariage avec un ancien complice d'adultère. L. 15 déc. 1904.

Le seul fait du nouveau mariage, en lui-même, ne paraît pas devoir être un motif de changement puisqu'il est légal. Mais il faut voir dans chaque cas particulier les conséquences qu'il peut avoir quant à l'enfant. C'est alors que doit être considéré, l'exemple que pourra donner ou représenter le nouveau conjoint, ainsi que l'influence qu'il risque d'avoir sur l'enfant quant aux sentiments qu'il peut chercher à lui inculquer.

La jurisprudence, à cet égard, paraît avoir évolué, les premières décisions relatives à cet état de choses n'admettaient que des mesures radicales. Le plus souvent, ce motif ne déterminait aucun changement : le fait dont il s'agissait étant une union légale — le second mariage « ne saurait par lui seul faire échec aux dispositions d'un « précédent jugement qui a réglé les rapports de cet « époux avec les enfants de son premier mariage ». Paris 26 juil. 1887. Gaz. P. 1887, p. 213. (1).

Ou bien il fallait prouver qu'un préjudice certain en était résulté et ce déterminait un changement du titulaire de la garde. Toulouse 22 juin 1892. — Gaz. P. 1892-2-118.

(1) Même sens : Seine, 6 juin 1887. — Fr. Jud., 1887, p. 329.

Maintenant la véritable directive semble posée en jurisprudence : le fait du remariage en général ou plus encore celui prévu par la loi du 15 déc. 1905 ne concerne que l'état des époux et n'entend pas régler le sort des enfants. Aussi les tribunaux prennent-ils toujours le fait en considération, et aménagent-ils, le plus souvent, le droit de garde en fonction de cette circonstance : la solution est donc plus nuancée.

« La nouvelle union contractée par une femme divorcée... n'a pas par elle-même pour conséquence de la priver du droit de garde, il appartient toutefois aux tribunaux de rechercher si le chef du nouveau foyer... n'exerce pas... une influence nuisible... En pareil cas... quand le droit de garde est maintenu, de simples mesures complémentaires sont prescrites. Seine 30 déc. 1908. Gaz. Trib. 31 déc. 1908 (1).

On peut remarquer aussi que la jurisprudence ne semble pas considérer de la même façon le remariage des deux parents. Celui du père est vu avec beaucoup plus d'indulgence que celui de la mère ; étant même parfois jugé comme une circonstance lui permettant de se voir conférer le droit de garde. (Riom 13 nov. 1933 (idem) (2). Ce qui ne semble pas être le cas pour le remariage de la mère (Lille 7 déc. 1911. — Gaz. P. 1912-1-169).

A ceci, peut-être, y a-t-il deux motifs : le mari étant chef de famille dans son nouveau foyer, il en est le maître. Mais nous croyons que si le mari a réellement la direction des intérêts du foyer, l'influence morale de la femme est souvent prépondérante, or cette influence importe beaucoup pour la formation d'un enfant. Le second motif serait que l'on chercherait à rendre l'exercice des droits de puissance, au père, lorsque cela est possible : un foyer régulier assurant les éléments matériels manquait à ce dernier pour avoir son enfant. Mais nous avons vu qu'une

(1) Même sens : Trib. Civ. Auxerre, 8 mars 1905. — Droit, 8 avril 1905. Paris, 16 janv. 1906. — Gaz. T. 14 avril 1906.

Paris, 27 mai 1909. — Gaz. T. 27 mai 1909.

(2) Même sens : Seine, 27 mars 1912. — Gaz. T. 31 mars 1912. Rennes, 3 nov. 1921. — Gaz. P. 1921-5-515,

fois le mariage dissous, il n'y avait plus de raison d'accorder une prépondérance du père sur la mère.

Nous pensons en conséquence que le second mariage du père ou de la mère est une circonstance qui doit toujours être appréciée, et ce, avec grande perspicacité à cause des répercussions profondes qu'il ne manque d'exercer sur la mentalité de l'enfant.

Quoiqu'il en soit, et si nuancée que puisse être la meilleure décision de justice, elle ne pourra pas remédier, en face d'une telle circonstance, au désarroi d'un enfant qui après avoir vu ses parents ne plus s'aimer, les verra donner leur affection à un étranger parfois cause du malheur.

§ 3. — *L'aliénation mentale du père ou mère gardien*

Durant le mariage, lorsque le père est dans l'impossibilité d'exercer ses droits de puissance paternelle, cet exercice revient à la mère : l'aliénation mentale est un cas d'impossibilité. Quand cette éventualité se produit après divorce, pour le gardien père ou mère, elle n'a pas pour effet de rendre les droits du gardien à l'autre ex-conjoint ; c'est ce que déclare une décision de la Cour de Paris, 19 juil. 1906. — Gaz. T. 5 août 1906 :

« L'aliénation mentale de la mère à laquelle avait été
« confiée par le jugement de divorce la garde de l'enfant
« commun n'a pas pour résultat de restituer, ipso jure, le
« père dans celui des attributs de la puissance paternelle
« dont il avait été privé ».

Dans ce cas, il faudra faire jouer l'art. 302 C. Civ, c'est-à-dire que devant une telle circonstance, le juge — lorsqu'il en aura été saisi — devra se prononcer discrétionnairement suivant le plus grand avantage de l'enfant.

Cette solution est juridique, il n'y a pas lieu d'apporter une exception à un article de la loi (art. 302) qui n'en mentionne pas. De plus il est parfaitement équitable que les juges recherchent si l'intérêt de l'enfant commande un changement et dans quel sens. Il ne peut être présumé que le père qui a pu être jugé indigne de la garde, devienne

apte à l'exercer par le seul fait de l'aliénation mentale de la mère.

Cette décision présente un particulier intérêt. Nous croyons pouvoir en conclure ceci : quel que soit le cas d'impossibilité pour le père ou la mère d'exercer la garde qui lui a été confiée, il n'investit pas ipso jure l'autre ex-conjoint dans l'exercice du dit droit.

§ 4. — *Mort du tiers gardien.*

Ici la nouvelle situation n'emporte pas de grandes difficultés. Le droit de garde que comporte la puissance paternelle existe toujours, mais il manque d'un titulaire légal de son exercice (il ne pourra pas « légalement » être exercé sans une attribution judiciaire nécessitée par l'état de divorce des père et mère).

Le tribunal devra être saisi de la chose, et pourvoir dans les formes ordinaires, au remplacement du gardien.

Le danger, en pareil cas, serait l'inaction et l'indifférence des parents de l'enfant : le père ou la mère, peut-être fort peu qualifié, le prendra ; ou bien à défaut de décision, une personne non pourvue du droit se l'appropriera en fait. Le remède à cette situation semble assez difficile à trouver. Cependant, il en est un fragmentaire ; on pourrait reconnaître à toute personne s'intéressant à l'enfant, le droit de saisir le tribunal pour procéder à une nouvelle nomination d'un gardien (1) (sans qu'il soit nécessaire que cette personne réclame le droit pour elle-même). En tous les cas, les frais de l'instance seraient à la charge des deux parents.

Ceci rendrait plus rares les situations de fait et non légales en contradiction avec l'intérêt de l'enfant.

Il est un autre événement important qui entraîne de graves modifications de la garde : c'est la mort de la mère

(1) Voir Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, année 1933 « Com-mission de la puissance paternelle après décès d'un époux divorcé », par M. G. Cantenot.

ou du père, qu'il soit ou non gardien. Cette circonstance occasionne des changements dans le statut même de la garde. C'est pourquoi nous en traiterons séparément, dans la section suivante.

Toutes ces possibilités de modifications que l'on soumet aux juges ont pour effet de remettre constamment en jeu le sort des enfants. Ceux-ci pourront se voir changer plusieurs fois de gardien ou de genre d'éducation. Un jugement du Tribunal de la Seine mentionne trois changements de titulaire de la garde. Seine 27 mars 1912. — Gaz. T. 31 mars 1912. — La formation générale des mineurs risque d'en être bien compromise. C'est un danger inévitable du divorce à l'égard des enfants.

SECTION V. — DÉCÈS DU PÈRE OU DE LA MÈRE DE L'ENFANT

Le décès d'un des auteurs de l'enfant, a pour effet de donner lieu à l'ouverture de la tutelle. Ceci entraînera une modification importante du statut familial, mais nous traiterons de ce cas dans le présent chapitre car sa principale conséquence est de modifier profondément les règles relatives à la garde.

En cas de mort d'un des ex-époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés revient de plein droit au survivant des père et mère (art. 390 C. Civ). Cet article pose en des termes formels, un principe qui n'envisage pas d'exception, en cas de séparation légale des conjoints.

De plus, l'art. 302 n'assure la protection des enfants que pendant la durée de l'état de divorce et les tribunaux n'ont pas cru pouvoir l'étendre au delà du temps de cet état.

Aussi, lorsque l'un des ex-conjoints meurt, le pouvoir de contrôle donné aux juges sur la puissance paternelle cesse, et les règles de la tutelle vont s'appliquer. Les mesures édictées tombent de plein droit et ipso jure le survivant des père et mère rentre en possession de l'exercice de tous les

droits de cette puissance (bien entendu s'il n'a pas été prononcé de déchéance).

Le père ou la mère sera donc (art. 390) tuteur légal ; et si la garde de son enfant ne lui est pas « rendue », les tribunaux (ou en particulier le juge des référés vu l'urgence) auxquels il s'adressera, appliquant le principe de l'art. 390, ne peuvent que faire droit à sa revendication.

Toute une jurisprudence a été bien établie sur ces principes :

« ... Au décès du père divorcé, les droits de tutelle appartiennent à la mère : Seine 20 juin 1925. — Gaz. P. 1925-2-372.

De même, le décès de la mère divorcée qui avait la garde, investit le père : Montpellier 29 janvier 1927. — D. P. 1930-2-91.

Une décision de la Chambre des requêtes a sanctionné cette jurisprudence. Elle précise :

Le prémourant des père et mère qui avait la garde de l'enfant « ne peut porter atteinte à l'autorité (de l'autre), « ou en limiter l'exercice soit sous la forme dispositive, « soit sous la forme désidérative... »

Le seul droit du père se bornant à la faculté de nommer à la mère un conseil spécial Cass. Req. 16 déc. 1930. — S. 1931-1-207.

Cependant si le jugement délègue l'exercice de divers éléments de la puissance paternelle, c'est à cause de l'intérêt de l'enfant, cet intérêt devant s'accommoder de cette circonstance, le divorce. A cet effet, un pouvoir souverain a été reconnu aux juges. Mais cet état de divorce qui affecta les anciens époux titulaires de la puissance a été déterminée par eux ; ce n'est pas l'état de divorce qui est cause de la position des époux, mais bien plutôt la position des époux qui a déterminé l'état de divorce ; celui-ci étant venu la sanctionner et la rendre définitive. Aussi, cet état cessant, n'aura pas pour effet certain, de changer ipso facto la position de l'ancien époux survivant, c'est pourquoi il serait nécessaire que le pouvoir du juge soit prolongé jusqu'au règlement de la nouvelle situation, et que, n'envi-

sageant la mort d'un des époux que comme une circonstance nouvelle de particulière importance, il détermine dans les formes ordinaires quel devra être le nouveau gardien.

En effet, pratiquement, voici à quels résultats malheureux ce principe de l'art. 390 peut aboutir :

a) le père ou la mère reconnu indigne de garder l'enfant va, par la mort de son ancien conjoint gardien, être investi de plein droit tuteur légal et gardien.

b) mais, solution encore plus déconcertante, l'enfant confié à un tiers en raison de l'indignité des deux parents sera rendu à l'un d'eux par l'effet de la mort de l'autre.

Cet état de choses est un de ceux qui exige de la façon la plus urgente une réforme. Aussi nous rallions-nous au projet de la Société d'études législatives (1) qui demande que l'attribution de la garde après décès d'un des parents soit faite par le tribunal qui aura pris l'avis du conseil de famille (2). De plus, lorsque les parents étaient divorcés, que la tutelle soit déférée par le conseil de famille (3).

SECTION VI. — SANCTION DU DROIT

Le jugement n'a pas pour effet de donner le droit de garde à un titulaire, mais d'en conférer l'exercice, car les

(1) Bul. Sté Etud. legis., année 1933.

(2) Projet de l'art. 302 C. civ. : al. 2. — Au décès de celui des père et mère qui a été chargé de la garde, l'autre ne pourra la recouvrer sans avoir fait statuer sur son attribution pour le tribunal civil, qui prendra auparavant l'avis du conseil de famille. Les dépens resteront dans tous les cas à sa charge. Le prémourant peut désigner par testament une personne qui prendra soin de l'enfant en attendant la décision à l'avenir.

al. 3. — Si la garde a été confiée à un tiers, celui-ci la conserve en cas de décès d'un des parents, sauf le droit du parent survivant d'en demander restitution au Tribunal qui statuera après avis du conseil de famille.

al. 4. — En cas de décès du tiers gardien, toute personne s'intéressant à l'enfant pourra saisir le tribunal à l'effet de pourvoir à son remplacement.

(3) L'art. 390 serait ainsi modifié : après la mort d'un des parents non divorcé ni séparés de corps la tutelle des enfants mineurs non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère. Si les parents sont divorcés ou séparés de corps la tutelle est déférée par le conseil de famille.

parents ne sont pas déchus de leurs droits de puissance et ils conservent toujours, l'un et l'autre, la possibilité, les circonstances étant autres, d'exercer la garde. C'est-à-dire que les père et mère conservent la jouissance de la puissance paternelle, mais l'exercice de certains éléments — ici la garde — en est délégué.

Il faut donc que le juge ait la possibilité de faire respecter l'exercice du droit qu'il confère, sous peine de voir son jugement réduit à néant. Sa décision crée une obligation de faire à l'encontre de tous ceux qui s'y opposeraient. Il est particulièrement important de la faire respecter par l'époux non gardien. En effet, un tiers qui commettrait une telle infraction tomberait sous le coup très sévère de la loi pénale (enlèvement de mineurs art. 354 et suiv. du C. Pénal).

« L'obligation imposée, par un jugement à l'époux coupable contre qui a été prononcé le divorce de remettre à l'autre époux l'enfant... constitue une obligation non susceptible d'être acquittée autrement que par l'accomplissement de l'acte prescrit par le jugement ».

L'ordre du juge doit être obéi et c'est pourquoi il aura à sa disposition tous moyens pour faire exécuter les obligations nées de son jugement. En ce cas, « les tribunaux ont tout pouvoir en vue d'apprécier les sanctions civiles à édicter... » Paris 12 juin 1913. — D. 1915-2-65.

La jurisprudence a adopté plusieurs moyens, employant : la saisie-arrêt, la saisie des revenus qui demeurent peu usité et surtout les astreintes Trib. civ. Lyon 7 juil. 1898. — Mon. Lyon 2 nov. 1898.

Mais une loi du 5 décembre 1901, ajoutant un alinéa à l'art. 357 C. Pénal, est venu renforcer la sanction de ces obligations en édictant une peine contre l'époux qui garderait illégalement l'enfant :

« Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice provisoire, ou définitive, au cours ou à la suite d'une instance de séparation de corps ou de divorce... le père ou la mère qui ne représenterait pas le mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer...

« sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et
« d'une amende de seize francs à cinq mille francs ».

La non représentation par un époux, de l'enfant au gardien constitue un délit : Cass. 18 mai 1905. — Gaz. P. 1905-2-117.

« Le délit est commis au lieu où doit être accomplie la
« remise dudit mineur » (Cass. idem).

Cette loi doit être entendue restrictivement comme toute loi pénale. Trib. corr. Lille 17 fév. 1910. — Loi 17 mars 1910.

SECTION VII. — FIN DU DROIT DE GARDE

La garde prend fin du fait de l'enfant dans différents cas :

1° par sa majorité : à 21 ans l'enfant a la plénitude de ses droits, il n'est plus en puissance.

2° Par son émancipation : l'enfant acquiert une demi-capacité (voir Chap. V).

3° Par son mariage : l'enfant est émancipé de plein droit (voir chap. V).

4° Par sa mort : les droits des deux époux redeviennent égaux en ce cas.

Mais ici quelques pénibles questions peuvent se poser :

Au sujet de la sépulture de l'enfant, les tribunaux trancheront le débat en équité, ils se reconnaissent plein pouvoir pour décider où sera déposé le corps de l'enfant. Trib. Chartres 27 fév. 1890. — Gaz. P. 29 avril 1890. Trib. Marseille 15 déc. 1900. — Droit 17 avril 1901.

Pour les frais funéraires :

« Les dépenses justifiées... par la condition sociale et
« de fortune de l'un et de l'autre (des parents) seront par-
« tagées par moitié. Le surplus sera supporté par celui qui
« en a pris l'initiative ». Trib. civ. Boulogne-s-Mer 8 mai 1908. — Gaz. Trib. 31 juil. 1908 et Loi 29 juillet 1908.



Nous avons vu au cours de cet exposé les difficultés contre lesquelles va se heurter la direction de l'éducation que doit assurer le gardien... Risques de conflits, changements du titulaire de la garde... Mort du tiers gardien ou d'un des parents... Mais parmi elles, les inconvénients qui nous semblent les plus graves sont ceux qui résulteront de ces nouvelles unions légales... Ils sont inhérents au divorce lui-même et l'on ne voit pas la possibilité d'y remédier.

CHAPITRE II

DROIT DE SURVEILLANCE — DROIT DE VISITE

A côté de la garde, qui ne peut, après divorce, être exercée que par un seul des anciens conjoints, et quelquefois même par aucun d'eux, il est un droit de surveillance qui appartient au père et à la mère (art. 302 et 303 C. Civ) et un autre plus atténué qui est reconnu à la famille (art. 302 C. Civ.). Ce droit, double le droit de garde, et a pour principe de remédier à cette dissociation de l'exercice de la puissance paternelle en même temps qu'à la satisfaction des exigences légitimes des parents. Il viendra corriger ce que la garde par une seule personne peut avoir de trop relatif, et agira comme une compensation aux droits dont l'ex-conjoint est titulaire mais dont il n'a pas l'exercice. Grenoble 30 juillet 1901. — D. 1903-2-61.

Il permettra d'établir un contact entre les enfants et ses parents divorcés.

Cette surveillance s'exercera pratiquement par un droit de visite et un droit de correspondance.

Malheureusement, dans la réalisation même de ces droits, nous allons voir ce qu'il y a parfois de précaire à essayer de sauvegarder une collaboration, ou tout au moins une coexistence d'influences qui devrait être affectueuse de la part de ceux dont la loi a sanctionné la désunion.

SECTION I. — LE DROIT DE SURVEILLANCE DES PÈRE ET MÈRE

Ce droit de surveillance est largement accordé aux deux anciens conjoints (art. 302 et 303 C. Civ).

Le fondement en est le droit naturel des parents de satisfaire leur attachement affectueux qui doit s'exercer pour le plus grand avantage des enfants.

Ceci ressort de plusieurs décisions de la jurisprudence, notamment :

« ... le père et la mère conservent respectivement le droit
« de surveiller... l'enfant... en cas de dissentiment, c'est
« au juge de trancher dans le sens du plus grand avan-
« tage de l'enfant » Cass. 27 janv. 1904. — Gaz. P. 1904-1-242 et Nancy 31 déc. 1913. — Gaz. P. 1914-1-169 où nous lisons :

« Le droit pour une mère divorcée ou séparée de corps
« de visiter ses enfants est un droit naturel... »

§ 1. — *Etendue du droit de surveillance.*

Ce droit est très étendu. Les père et mère surveilleront la garde en général (art. 302 : les parents rentrant évidemment dans la dénomination générique de « famille ». Cass. 23 juillet 1923. — Gaz. P. 1923-2-264).

Ils surveilleront chaque prérogatives particulières que comprend la garde, soit à savoir suivant l'art. 303 : l'entretien et l'éducation des enfants.

Ceci revient à dire que devant un acte positif du gardien, qui semble à un des parents en contradiction avec l'intérêt de l'enfant, il peut se mettre en opposition. Seulement, à ce conflit, il n'y a qu'une solution : le recours au tribunal pour demander une modification (et l'on risque de voir renaître et se raviver les anciennes querelles au sujet des enfants qui ne feront que trop souvent les frais de la discorde).

Cette éventualité du recours à la justice se produira surtout en matière d'éducation.

« ... L'art. 303 confère à chacun des deux époux un droit
« d'action directe et indépendant... » Rouen 7 fév. 1903. — Gaz. P. 1903-2-121. — Droit 23 juin 1903.

Soit pour demander le changement de l'établissement dans lequel l'enfant poursuit ses études (idem).

Soit pour lui donner une autorisation que refuse catégoriquement le gardien et qui est nécessaire pour l'orientation d'une carrière : Cass. 14 avril 1919. — Gaz. P. 1918-19-1-756. — S. 1921-1-67 (En l'espèce il s'agissait de passer l'examen d'entrée à l'école Saint-Cyr).

Soit pour lui faire accomplir un acte particulièrement important qui rentre dans l'éducation choisie. C'est ainsi qu'une mère qui n'a pas la garde de son enfant, peut solliciter et obtenir du juge des référés, que sa petite fille élevée, avec l'assentiment du père, dans la religion catholique, lui soit remise pendant le séjour nécessaire à la préparation et à la cérémonie de la première communion : ceci malgré l'opposition du père. Paris 13 décembre 1934. — Gaz. T. 21 fév. 1935. — S. 1935-2-168. Cet arrêt nous semble particulièrement caractéristique ; la surveillance de la mère s'appliquant ici à la formation religieuse de l'enfant : formation qui, de toute évidence, rentre dans l'éducation. En l'espèce il ne s'agissait pas réellement d'arbitrer un conflit religieux (ceci ressort des circonstances de la cause) ; mais il fallait remédier à une erreur très grave de direction — la première communion étant dans la religion catholique un des événements les plus importants de la formation religieuse.

Mais le conflit peut surgir parfois relativement au choix même de la religion. Qui obtiendra gain de cause ? L'avis des Cours d'appel paraît être la reconnaissance exclusive de ce choix, à celui qui a la garde de l'enfant. L'opinion de la Cour de Cassation est différente. C'est ainsi que cassant un tel arrêt, elle estime que : « ... l'époux à qui la « garde des enfants n'a pas été confiée n'en conserve pas « moins le droit de s'adresser à la juridiction compétente « pour trancher le litige au cas où il estime qu'au point « de vue de la religion dans laquelle ils sont instruits, « son conjoint fait du droit de garde un usage contraire à « leur intérêt ». Cass. Civ. 13 avril 1937. — D. H. 1937-281. — Gaz. P. 1937-2-169. — Gaz. T. 13 juillet 1937.

Nous avons vu (supra ch. I, Sec. IV § 1) qu'étant donné l'application de certains principes libéraux que font quel-

ques juridictions, le problème paraît difficilement soluble (1).

La difficulté semble donc être la suivante, quel sera le « champ » de la surveillance ? portera-t-elle sur le choix même de la direction qui est donnée à l'enfant ? ou bien se bornera-t-elle à s'appliquer seulement à la façon dont s'exerce cette direction choisie ? Il nous semble qu'une solution, différente suivant les cas, pourrait être adoptée. C'est ainsi, en principe, que l'on reconnaîtrait à la juridiction compétente le pouvoir de statuer sur le différend relatif au choix lui-même. — Solution de la Cour de Cassation. — Mais dans le cas particulier où l'époux reconnu innocent est gardien de l'enfant, le choix exclusif de la formation morale et religieuse pourrait lui être reconnu — Solution des Cours d'appel —. Le droit de surveillance s'exerçant, seulement, sur la façon dont le gardien remplirait sa tâche.

Il semble aussi que devant la carrence du gardien, lorsqu'il s'agit d'assurer la vie matérielle de l'enfant, le père ou la mère peut le faire directement sans passer par l'intermédiaire du gardien défaillant, sans avoir recours à la justice. Toulouse 6 déc. 1909. — Gaz. T. Midi 30 janv. 1910 (paiement par la mère des frais de collège et d'entretien que négligeait de solder le père).

§ 2. — *Réalisation pratique du droit de surveillance.*

Pour que la surveillance puisse utilement s'exercer, il faut qu'un contact soit établi entre la vie de l'enfant et celle de la personne investie du dit droit ; c'est pourquoi la jurisprudence a donné des droits de visite et reconnu la licéité de la correspondance.

a) *Du droit de visite.*

Ce droit n'est pas mentionné par le législateur, et nous sommes ici en pleine création jurisprudentielle. C'est par

(1) Celles-ci se refusant de porter une appréciation sur « les dogmes politiques sociaux ou religieux » des père et mère.

son pouvoir discrétionnaire que le juge pourra organiser cette réalisation de la surveillance comme il l'entend. Cass. Req. 23 juil. 1934. — S. 1934-1-381.

Le droit de visite est accordé par les tribunaux, soit le plus souvent en même temps que le droit de garde, dont il est une diminution, soit pour une décision séparée : Lyon, 2 mars 1899. — Mon. Jud. Lyon, 3 mai 1899. Il fait l'objet d'une réglementation généralement stricte, par laquelle sont indiquées fréquemment les heures, jours et lieux où doivent s'effectuer les visites. Mais les juges ne font pas toujours ici même application de leur pouvoir et ils peuvent laisser une grande latitude aux parents :

« La Cour d'Appel après avoir déterminé l'étendue du « droit de visite des parents à l'égard de leur enfant et « laissé à ceux-ci le soin de s'entendre sur les conditions « dans lesquelles s'effectueront les visites de chacun d'eux, « peut leur indiquer qu'en cas de désaccord, ils auront à « s'adresser au juge des référés... ». Cass. 21 janv. 1925. — S. 1925-1-53. — Gaz. T. 1^{er} juin 1925. (Ici, l'enfant était placé dans une institution.) (1).

Ce droit est plus ou moins étendu, s'appliquant à des journées séparées ou à des séjours hors la présence du gardien (1).

Disons qu'il doit être réglé de façon à ce que son exercice soit possible matériellement, par exemple, il faut que le choix de la maison d'éducation ne tende pas à paralyser le droit de visite de l'autre époux. Montpellier 8 août 1894. — S. 94-1-209 (2). De même son exercice ne doit pas blesser la dignité de celui qui en est titulaire. Ainsi le père qui a la garde de l'enfant n'est pas en droit d'exiger un récépissé chaque fois que la mère exerce son droit de visite. Rouen, 7 juin 1899. — G. P. 1899-2-543.

Le droit de visite n'est pratiquement pas refusé aux père et mère, la jurisprudence considère, en fait, que s'il est important d'assurer l'intérêt de l'enfant, celui-ci doit être concilié avec les prérogatives de la puissance pater-

(1) Même sens : Cass. 16 juil. 1903. — S. 1905-1-318.

(2) Même sens : Paris, 27 mai 1909. — Gaz. T. 28 mai 1909.

nelle que les deux parents n'ont pas perdues : « La garde
« des enfants est réglée d'après leur intérêt qui doit pré-
« valoir sur toute autre considération... Et, toutefois, il y a
« lieu de sauvegarder les droits du père en ce qui touche
« les visites qui lui ont été réservées... ». Paris, 8 août 1893.
— Gaz. P. 1893-2-18.

Aussi semble-t-il que si l'on donne le droit de garde en tenant compte en premier lieu et principalement de l'avantage de l'enfant, le droit de visite est reconnu de la façon qui lui est le moins préjudiciable. En effet, le tribunal aménagera ce droit même dans des cas défavorables à l'éducation de l'enfant. — Père de mauvais exemple. Trib. Civ. de la Seine 17 mars 1923. — Gaz. P. 1923-2-22. Elle n'ira pas jusqu'à supprimer ce droit.

C'est en ce sens que des circonstances nouvelles se produisant, le plus souvent relatives au remariage ou à la vie scandaleuse du père ou de la mère, l'intérêt de l'enfant nécessite des modifications dans la réglementation des visites, mais le droit lui-même ne sera pas entamé. Rouen 30 juil. 1930. — S. 1931-2-119. — Gaz. P. 1930-2-357. — Nancy 31 déc. 1913. — Gaz. P. 1914-1-169 (1).

Des sanctions peuvent être prononcées contre ceux qui s'opposeraient au droit de visite. Ils contreviennent, en ce cas à une obligation de faire (comme pour le droit de garde), commettant un quasi-délit, et pourront se voir condamner par le juge à des astreintes ou à des dommages-intérêts (2). Toutefois, la loi du 5 décembre 1901 sur le délit de non-représentation d'enfant aux personnes investies de la garde n'est pas ici applicable, la loi pénale devant s'entendre restrictivement. Trib. Civ. de Narbonne, 29 janvier 1904. — D. 1904-2-136 ; Trib. Corr. de Lille, 17 fév. 1910. — Loi 17 mars 1910.

Nous mentionnerons un cas où le droit de visite est équitablement paralysé, lorsque le père ou la mère qui en est investi reçoit de son enfant, à cause d'une attitude scanda-

(1) Même sens : Alger, 31 déc. 1888. — Revue Alger, 1889, p. 81.

(2) A contrario Trib. civ. Seine, 8 août 1898. Gaz. T. 1899-2-76. « Il
« n'y a pas lieu de prononcer des astreintes... lorsqu'il n'a pas (été) contre
« venu... au droit de visite. »

leuse, un refus spontanément catégorique de le voir. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à l'application d'une sanction : clause pénale ou astreinte. Montpellier, 8 août 1894. S. 1894-1-209.

Le droit de surveillance n'est pas toujours accompagné d'un droit de visite. Celui-là n'en existe pas moins. D'ailleurs, nous avons vu qu'il semble suffisant de le demander pour le voir accorder suivant certaines modalités et cela même après le prononcé du divorce. Req. 14 mars 1938. — G. P. 1938-1-865.

b) Du droit de correspondance.

La correspondance entre père ou mère et leurs enfants est une action reconnue licite par la jurisprudence. Elle n'est pas réglementée au contraire du droit de visite, et peut s'effectuer sans décision judiciaire. Elle est libre, sans contrôle de la part du gardien : « ...la mère a le droit « de correspondre librement avec son enfant dont la garde « ne lui a pas été confiée ». Rouen, 7 juin 1899; G. P. 1899-2-543. — D. 1900-2-287.

La jurisprudence, malgré toute la souplesse de ses réglementations, va peut-être trop loin en ce qui concerne la réalisation du droit de surveillance du père ou de la mère dont l'attitude est indigne. Nous pensons que dans des circonstances particulièrement graves, les tribunaux pourraient interdire tous rapports directs entre les enfants et l'un de leurs parents : suppression des visites et correspondance sous le contrôle du gardien. Il en serait ainsi, par exemple, lorsque l'enfant connaît la vérité sur la vie particulièrement immorale de son père ou de sa mère, ou lorsqu'il subit une influence désastreuse ; mieux vaudrait alors le priver des « marques d'affection » que lui donnera peut-être ce dernier, plutôt que de lui imposer un vivant exemple mauvais.

Quant au préjudice que subirait le père ou la mère dans son besoin d'affection, lui seul en étant responsable, il ne dépendrait que de lui d'en faire cesser la cause.

On peut objecter que si l'influence est très néfaste à l'enfant, il y a la loi du 24 juillet 1889 concernant la déchéance de la puissance paternelle dont on peut faire ici usage. Mais cette déchéance est fort importante, privant le parent de tous les droits de puissance paternelle, de leur jouissance et de leur exercice. Il n'est pas toujours nécessaire de lui infliger une telle sanction. De plus, lorsque la déchéance est prononcée, le coupable revenu à de meilleurs sentiments devra entamer une procédure longue et difficile, afin d'obtenir sa réhabilitation qui ne sera accordée qu'après trois ans au moins, et si elle est en conformité avec l'intérêt de l'enfant. Nous ajouterons qu'il faut dans ce cas intenter une action différente. Il y aurait donc avantage à ce que la jurisprudence ne présume pas d'une façon absolue, la réalisation du droit de surveillance du père ou de la mère, comme étant conforme à l'intérêt de l'enfant, à seule charge de l'aménager. Elle devrait considérer qu'il s'agit d'une simple présomption tombant devant la preuve contraire, ce qui entraînerait non pas une déchéance, mais une sorte d'incapacité d'exercice de certains droits de puissance paternelle.

Le juge trouverait dans son pouvoir souverain, la possibilité de se prononcer ici, suivant son équitable conviction. Ces mesures étant provisoires, comme toutes celles concernant la matière, des circonstances nouvelles se produisant, une révocation ou réformation pourrait à tout moment être demandée et obtenue.

SECTION II. — DROIT DE SURVEILLANCE DE LA FAMILLE ET DU MINISTÈRE PUBLIC

Les articles 240 et 302 du Code Civil donnent un droit de surveillance à la famille et au ministère public. Pour ce dernier, nous avons déjà mentionné sa regrettable inaction. Les membres de la famille, au contraire, interviennent souvent au procès (voir *supra* p. 40 et suiv.) principalement en la personne des grands-parents. Rappelons qu'ils

peuvent intervenir à tout moment, soit au sujet des mesures prises en cours d'instance, soit relativement à celles ordonnées par le jugement.

Ce droit de surveillance de la famille se fonde, lui aussi sur l'intérêt de l'enfant, entendu d'ailleurs de la façon la plus large, en ce sens qu'il est de cet intérêt que les enfants et leurs grands-parents puissent se manifester leur attachement réciproque. Mais il ne semble pas, à l'encontre de ce qui est pour les père et mère que la jurisprudence reconnaisse en sa raison d'être, un droit naturel si fortement exigent, que l'on ne puisse le contrarier dans sa réalisation, lorsqu'il est prouvé qu'elle porte un préjudice certain aux enfants (mauvais exemple, influence néfaste).

§ 1. — *Son étendue*

Les articles 240 et 302 du Code Civil n'emploient pas les mêmes expressions lorsqu'ils règlent le droit de surveillance de la famille que l'article 303 s'appliquant strictement aux père et mère. L'article 240 indique la surveillance pour toutes les mesures provisoires. L'article 302 nous renseigne, à cet égard, sur la garde en général. Il peut paraître logique d'entendre largement ce droit de surveillance et de permettre aux membres de la famille de s'ingérer, eux aussi, dans l'accomplissement des diverses prérogatives qui rentrent dans le droit de garde. Puisqu'il s'agit de l'intérêt de l'enfant, tous ceux ayant un juste titre pour l'apprécier, devraient, peut-être, pouvoir soumettre leurs vues au tribunal qui en ferait une équitable appréciation. La jurisprudence ne semble pas ratifier cette opinion. Il est en effet plus conforme à l'intérêt de l'enfant, de n'admettre de la part de ceux qui ne sont pas les père et mère, que des demandes portant sur des points assez graves pour entraîner une modification de la garde. La direction d'un enfant est déjà, en cas de divorce, trop souvent sujette à des conflits et à des variations regrettables, sans en multiplier les occasions. La jurisprudence nous offre des exemples de demandes de modifications d'ordre général. Il peut

s'agir de la part des grands-parents, de l'attribution du droit de garde. Cass. 28 fév. 1893. — S. 94-1-309. — D. 93-1-279. — Gaz. P. 93-375. — Douai 19 mai 1926. — Rec. Douai, 1926-183. Nous y lisons : « Les grands-parents sont recevables à intervenir pour demander au tribunal la modification des mesures prises relativement à la garde de l'enfant ». Il peut s'agir aussi de l'aménagement du dit droit. (Voir *infra*).

§ 2. — De sa réalisation pratique

a) *Les visites.*

Pratiquement, ce droit de surveillance s'exercera souvent par l'intermédiaire d'un droit de visite, strictement, précisément réglementé par le juge. Rouen, 7 juin 1899. — Gaz. P. 1899-2-543.

Cependant, ce droit qui doit être conforme « au plus grand avantage de l'enfant » doit aussi se concilier avec les prérogatives de la puissance paternelle. (Voir *supra* p. 42).

Ces visites peuvent d'ailleurs, quelquefois, consister en de véritables séjours.

b) *La correspondance.*

La jurisprudence paraît admettre que la correspondance qui s'échange entre grands-parents et petits-enfants puisse être surveillée par le gardien.

« Si la mère a le droit de correspondre librement avec son enfant dont la garde ne lui a pas été confiée, il n'en est pas de même des grands-parents ». (Rouen, *id.*).

Le droit de surveillance des grands-parents se modèle d'une façon atténuée sur celui des père et mère.



Ces droits de visite, réalisation des droits de surveillance ne seront qu'une conséquence des pouvoirs souverains du

juge en cette matière. Ils se présenteront comme un corollaire du droit de garde dont ils seront une restriction directe. Cass. 28 fév. 1893. Gaz. P. 1893, p. 328.

Il est curieux de remarquer que la jurisprudence, au moment où elle vient de proclamer l'anéantissement légal de la famille, consacre, en des décisions judiciaires, les droits naturels des membres du groupement familial : droits dont l'exercice s'effectuait de façon tacite, lorsque le groupe était cohérent. Il est typique de voir alors surgir des ruines de ce foyer brisé, ces exigences progressives qui s'affirment et auxquelles les juges pensent équitable de donner satisfaction, sanctionnant de la sorte la persistance du lien familial en présence des enfants réalité de sa vie, et en dépit d'une dissolution légale.

CHAPITRE III

DROIT DE CORRECTION

On entend par droit de correction, le pouvoir reconnu aux titulaires de la puissance paternelle, de sévir contre les enfants mineurs non émancipés, dont la conduite donne des sujets de mécontentement très graves. (art. 375 C. Civ.).

Le droit de correction se présente donc comme le complément de l'obligation d'éducation, car « toute puissance « directrice ou régulatrice suppose l'emploi d'une force « corrective quelconque ». (Albisson, Corps législatif sur art. 375 et suiv.).

En cas de divorce, le Code ne tranche pas la question de savoir à qui revient ce droit.

Nous allons essayer, par une analyse rapide du dit droit, de dégager les principes de son attribution.

Par correction, l'on peut envisager deux sortes de sanctions :

1° Ce que l'on pourrait nommer la « *castigatio domestica* », petites punitions corporelles, non réglementées, affaires de mœurs et qui sont évidemment à la discrétion de celui qui surveille directement, qui garde l'enfant même momentanément.

2° Mais ce que le Code appelle droit de correction était la possibilité de faire emprisonner l'enfant, possibilité remplacée maintenant, en vertu du décret du 30 octobre 1935, par un placement dans une maison d'éducation surveillée. L'Etat... « mettant ainsi la force sociale au service « de l'autorité domestique contre les caractères rebel-
« les » (1).

(1) Planiol, Ripert, Savatier, Droit Civil, tome I, p. 398.

Etant donné la nature même du droit et le besoin auquel il répond : celui de sanctionner, il semble logique de reconnaître le droit de correction à celui qui assume la responsabilité de l'éducation de l'enfant, soit au gardien.

Cependant, en l'état actuel de nos lois, l'avis du législateur est-il toujours tel ?

En cas de divorce, trois hypothèses peuvent se présenter :

1° Le père a la garde de l'enfant : c'est un titulaire de la puissance paternelle qui a la responsabilité de l'éducation. Les articles du Code s'appliquent comme s'il n'y avait pas de changement dans la situation du père (Possibilité de placement par voie d'autorité ou par voie de réquisition suivant les cas).

2° La mère a la garde de l'enfant. Depuis la loi du 18 fév. 1938 sur la capacité de la femme mariée, abrogeant l'art. 381 du Code Civil, la situation de la mère est même que celle du père.

3° C'est un tiers qui est gardien : on peut se demander si le législateur a voulu reconnaître au gardien ce droit de correction, car le décret du 30 octobre 1935 ne semble pas faire du droit de placement, uniquement un accessoire du droit de garde (en effet, il ne l'accorde pas comme le demandait certaine proposition, aux personnes privées, administrations publiques, société, auxquelles la loi ou les tribunaux ont confié la garde de l'enfant) (1). Le droit de placement est, de plus, toujours lié à l'idée de parenté (2) — comme dans le Code — et n'est nominativement reconnu qu'à certains membres de la famille : le père, la mère, le tuteur.

Le tiers gardien se présente comme un délégué responsable de la puissance paternelle (délégué de nature spé-

(1) La proposition Besnard : Elle fut présentée le 26 fév. 1909. Mais cette proposition a le tort de bouleverser toutes la législation sur la puissance paternelle et de lui faire perdre son caractère d'autorité en développant de façon intempestive, semble-t-il, l'indépendante initiative de l'enfant.

(2) Greffulhe, th. Montpellier, 1937 : la réforme du droit de correction paternelle. D. L. du 30 oct. 1935.

ciale, puisqu'il tient ses pouvoirs du juge et non du titulaire des droits dont il lui est fait attribution), mais il ne se présente pas lui-même comme un titulaire de cette puissance.

La question est de savoir si le juge, lorsqu'il remet le droit de garde, remet aussi, implicitement, au gardien, le droit de correction, avec le pouvoir de l'exercer comme le père ou la mère eux-mêmes. Il ne semble pas que la chose soit possible, car aucun texte ne prévoit l'hypothèse. Nous ajouterons aussi, qu'étant donné la minutie avec laquelle sont réglementées les situations du père ou de la mère (art. 376, 377, 380, 382 C. Civ.) et celle du tuteur (art. 468) lorsqu'ils exerceront ce droit, on ne peut, en l'absence de tout texte, faire rentrer le gardien dans un des cas prévus.

Que devient alors, et comment peut s'exercer le droit de correction, lorsque la garde de l'enfant est confiée à un tiers? Nous croyons que le père ou la mère, inaptes à exercer la garde, ne peuvent détenir une sanction s'y rapportant. Les deux conditions pour l'exercice du droit de correction, à savoir : a) être responsable de l'éducation ; b) être une des personnes nommées par la loi — ne se trouvant pas réalisées chez le même sujet, le dit droit semble paralysé.

Cependant, il peut s'agir d'un enfant particulièrement difficile qui aura besoin d'un redressement rigoureux ; dans ce cas, le gardien paraît n'avoir qu'une voie à suivre, il s'adressera au tribunal pour lui demander un aménagement de la garde : Il sollicitera le placement de l'enfant. Le tribunal usant de son pouvoir souverain, appréciera, en s'éclairant de tous moyens qu'il jugera utiles et décidera s'il y a lieu de confier la garde de l'enfant pendant un certain temps à une maison d'éducation surveillée.

Il s'agira ici d'une mesure de nature toute différente de celle envisagée jusqu'à présent : il y aura une modification de la garde, obtenue par jugement, et non l'obtention d'une ordonnance autorisant l'utilisation de la contrainte sociale par la puissance domestique. Mais le résultat obtenu sera

le même : le placement du jeune rebelle. L'on aura cette garantie que la sanction se trouvera dans toute son étendue entre les mains du juge. D'ailleurs, la chose peut paraître équitable, l'unité domestique étant rompue, il n'y a pas de raison de laisser subsister un privilège de juridiction domestique; le tribunal devant assurer, quant à l'intérêt de l'enfant le rôle d'arbitre souverain, il y a lieu, dans une question aussi grave, de lui laisser entière liberté et pouvoir de décision. Mais remarquons qu'il est peut-être regrettable de donner la publicité d'un procès à une affaire de discipline privée qui a tout intérêt à n'être pas ébruitée.

Devant cet état de choses, nous croyons qu'un aménagement sérieux du droit de correction serait nécessaire en cas de divorce.

a) Etant donné l'atteinte profonde subie par l'autorité paternelle en cette circonstance, le juge devenant l'arbitre de cette autorité, l'exercice du droit de correction par « voie d'autorité » devrait être supprimé. Tout placement ne devrait pouvoir se faire qu'en suivant la seconde forme, c'est-à-dire par « voie de réquisition » (1).

b) Nous pensons aussi que ce droit ne devrait être laissé qu'à la discrétion exclusive de l'époux qui a obtenu le divorce et la garde. Dans les autres cas, le gardien parent ou tiers pourrait requérir le placement qui serait accordé par ordonnance, mais le juge devrait obligatoirement consulter les parents (à moins d'impossibilité dûment constatée, par exemple l'absence de l'un d'eux).

Dans les deux cas, la décision du juge demeurerait en toutes hypothèses, en son pouvoir souverain.

(1) Nous savons cependant, que la jurisprudence a su apporter une véritable amélioration en tournant la loi. Elle s'appuie sur l'art. 375 C. civ. ne permettant au père d'agir par voie d'autorité que s'il a des sujets de mécontentement « très graves » contre son enfant, et ouvre une enquête pour vérifier la qualité de ses griefs. C'est une création hardie du Tribunal de la Seine qui s'est répandue parmi un très grand nombre de Tribunaux de villes importantes : Elle permet de rejeter des demandes et de supprimer bon nombre d'abus. (Planiol, Ripert, Savatier, Tome I, p. 400). Voir aussi Revue pénitentiaire, 1891, p. 173,

Nous croyons que notre demande d'aménagement trouverait sa place dans les réformes générales qui sont souvent réclamées au sujet du droit de correction, à savoir : la suppression dans tous les cas du placement de l'enfant par voie d'autorité et l'organisation rationnelle et complète de ce droit en fonction de la garde (1).

Nous aurions ainsi un système logique, car l'obligation d'éducation suppose réunies entre les mains de son titulaire une condition nécessaire d'existence, la garde et une sanction, la correction.

(1) Une amélioration très notable a été apportée par le D. L. du 30 oct. 1935 qui a substitué à l'idée de peine celle de redressement moral grâce au placement.

CHAPITRE IV

MODIFICATIONS AU STATUT FAMILIAL

Les principales modifications qui peuvent intervenir durant la minorité des enfants, relativement à leur statut familial, sont de deux sortes :

a) Celles qui laissant entière leur incapacité nécessitent un aménagement des droits et obligations relatives à la personne et aux biens des enfants. Tels sont les cas qui se présentent, lorsque l'un ou les deux parents viennent à mourir, ce qui donne lieu à ouverture de la tutelle, et lorsque la puissance paternelle est transmise à un étranger par l'adoption.

b) Celles qui donnant à l'enfant une demi-capacité par l'émancipation qui peut être, soit dative, soit légale par le mariage.

Les règles de la tutelle n'étant pas changées dans notre hypothèse de divorce des parents, nous avons déjà vu l'importante question qu'elle soulève relativement au droit de garde. (voir chap. I, sect. V, p. 62).

Nous envisagerons donc en premier lieu le cas le plus fréquent de modification, c'est-à-dire le mariage, puis l'émancipation et enfin l'adoption.

SECTION I. — LE MARIAGE

Le mariage est un acte particulièrement important qui nécessite une vigilance spéciale lorsqu'il s'agit d'un mineur. En effet :

1° L'engagement qui est pris alors doit l'être pour la durée de l'existence : il faut donc, à ce sujet, éclairer et protéger l'enfant.

2° Cet acte a pour effet légal de conférer l'émancipation.

La nécessité du consentement des père et mère répond à ce besoin de protection éclairée.

Lorsque les parents sont divorcés, comment sera accordé ce consentement ?

Le C. Civ. dans son art. 148 s'exprime ainsi :

« Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère : en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement ». Loi du 17 juil. 1927.

Cette loi n'envisage pas spécialement le cas des parents divorcés, mais abrogeant l'art. 152 C. Civ. qui avait rapport à la question : ce texte ainsi conçu leur est applicable.

Cependant, si cette disposition peut se comprendre lorsqu'il s'agit d'enfants qui ont été élevés par leurs deux parents mariés, la loi deviendra souvent inique en cas de divorce des père et mère. C'est ainsi que l'un d'eux, jugé indigne, pourra par un consentement donné parfois sous l'influence d'un second conjoint, s'octroyer la prépondérance dans un conflit aussi grave.

Nous croyons qu'il faudrait revenir aux dispositions générales de la loi du 21 juin 1907 (ancien art. 152 C. Civ.) relative au consentement en cas de divorce des parents. C'est-à-dire que :

1° Dans le cas où la garde de l'enfant est confiée au conjoint qui a obtenu le divorce, le consentement de celui-ci sera suffisant.

Cette solution nous paraît satisfaisante, car l'autre ex-conjoint qui sera obligatoirement consulté, recevra ainsi une marque de déférence de la part de son enfant ; il aura la possibilité de donner un avis qui sera peut-être utile ; enfin il pourra facilement faire opposition le cas échéant.

2° Faute de réunir ces deux conditions, en cas de dissentiment, celui des père et mère qui consentira au mariage

devra citer l'autre devant le tribunal qui tranchera le litige (1).

Ces dispositions ainsi conçues paraissent équitables : respectant les prérogatives de la puissance paternelle, elles leurs permettront de s'exercer dans le sens du plus grand intérêt de l'enfant.

SECTION II. — L'EMANCIPATION

L'émancipation est l'affranchissement pour le mineur de la puissance paternelle (et de la tutelle). Il se trouve en quelque sorte dans un état de demi-capacité.

Il agit lui-même, et suivant l'importance des actes qu'il doit accomplir, il les fera soit seul, soit avec l'autorisation d'un curateur et parfois après avoir de plus, obtenu l'autorisation du conseil de famille.

Un tel changement dans la situation juridique d'une personne ne peut être octroyé que dans des cas réglementés.

L'émancipation sera : soit légale, par le mariage (voir sect. I) art. 476 C. Civ ; soit dative, moyennant l'autorisation du père ou, à défaut, de la mère, art. 477 C. Civ.

Cependant, en cas de divorce, la question n'est pas résolue par la loi. Beaucoup d'auteurs (2) pensent que ce problème doit être tranché sans tenir compte du divorce : le pouvoir d'émanciper revient de droit et de toute façon au père.

Toutefois, une telle solution peut paraître choquante, et a tout le moins sera néfaste à l'intérêt de l'enfant dans bien des cas, lorsque le père reconnu indigne n'a pas la garde de son enfant. Il peut, par esprit de vengeance, émanciper son fils pour qu'il échappe ainsi à l'exercice de la puissance paternelle de sa mère. A l'inverse, une autre hypothèse peut se présenter : celle du mineur qui aurait avantage à être émancipé, par exemple, pour faire

(1) Voir l'art. 152, C. civ. abrogé par la loi du 17 juil. 1927.

(2) Carpentier, Josserand, etc...

du commerce ; son père, par un refus, pourra mettre en échec la sage décision de la mère qui a élevé l'enfant.

Nous pensons que le droit d'émanciper, devrait suivre le droit de garde lorsqu'il est exercé par l'époux qui a obtenu le divorce, avec toutefois notification obligatoire à l'autre parent (qui pourra ainsi émettre un avis). Lorsque ces deux conditions ne seraient pas réunies, on ne voit pas la nécessité d'une prééminence du père sur la mère, et il semble que le consentement à l'émancipation devrait revenir aux père et mère qui feraient trancher leur différend par le tribunal en cas de dissentiment à cet égard.

SECTION III. — L'ADOPTION

L'adoption est un contrat solennel qui crée un lien fictif de filiation légitime entre l'adoptant et l'adopté.

Le mineur doit obtenir le consentement de ses père et mère pour être adopté : art. 348, al. 1, C. Civ.

« Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, « le consentement de celui des époux au profit duquel le « divorce ou la séparation de corps a été prononcé et qui « a la garde de l'enfant suffit ; art. 348, al. 2 C. Civ.

— Cet article ne mentionne pas qu'il s'agisse ici d'un cas de dissentiment entre père et mère. Cependant, nous pensons qu'il serait équitable de notifier à l'autre parent l'adoption pour qu'il puisse donner son avis sur un acte aussi grave que celui qui va le « déposséder » de ses droits de puissance. —

Si les deux conditions que nous avons indiquées ne sont pas réunies (art. 348, al. 2), on retombe sous l'empire de la disposition générale de la loi : consentement du père et de la mère, art. 348, al. 1.

L'adoption aura pour effet d'emporter attribution de la puissance paternelle à l'adoptant, art. 352 C. Civ. (Droits sur la personne, droits sur les biens de l'enfant).

Elle viendra donc mettre fin aux conflits de puissance paternelle. Cependant, la loi déclare que l'enfant restera

dans sa famille naturelle, art. 352, al. 1, c'est-à-dire qu'il y conserve ses droits, exemple : droits successoraux, et ses obligations, exemple : obligation alimentaire.

Relativement à la garde, le titulaire en sera désormais l'adoptant qui pourra d'ailleurs en confier l'exercice soit à un tiers, soit au père ou mère, mais celui-ci devient dorénavant son mandataire. C'est lui, adoptant, qui à la direction et la responsabilité de son enfant adoptif.

On peut trouver rigoureux la nécessité du consentement de chaque parent, lorsque les conditions de l'art. 348, al. 2 ne se trouvent pas réunies. Cependant, il nous paraît logique qu'il en soit aussi, car, le divorce laissant la puissance paternelle aux deux parents (l'exercice de ses droits n'en étant partagé que par le plus grand avantage des enfants), tous deux doivent apporter personnellement une renonciation à leurs droits. Autre chose est de renoncer à la puissance paternelle parce que son utilité ne s'impose plus, l'enfant étant jugé apte à jouir d'une certaine capacité : cas, à notre avis, du mariage et de l'émancipation dative ; ou bien, de se dessaisir de ses droits et obligations de puissance, entre les mains d'un autre titulaire qui les exercera.

*
**

Dans ces différents changements qui peuvent survenir au statut familial, nous demandons quelques aménagements.

Pour la tutelle nous avons vu (chap. sur la garde, sect. V) qu'une modification est nécessaire dans le sens d'une surveillance plus grande de la protection de l'incapable — surveillance particulière dans le choix du tuteur et du gardien par le conseil de famille ou le tribunal —. Les règles générales relatives à l'institution demeurant les mêmes.

Le mariage et l'émancipation ont pour objet de donner à l'enfant une certaine indépendance de direction dans la conduite de sa vie, pour ce, il est normal d'accorder au parent gardien reconnu innocent, qui, a donné l'éducation

à l'enfant, la possibilité de décider en ce cas. Le droit de surveillance de l'autre ex-conjoint étant sauvegardé par la notification qui lui permettra de donner un avis.

Pour ce qui est de l'adoption, le problème nous semble différent car il s'agit non seulement d'un abandon de droits de puissance, mais encore d'une création de lien de parenté fictif et juridiquement efficace entre l'enfant et un tiers. La puissance paternelle ne sera pas éteinte, mais transmise à un autre titulaire. L'enfant va appartenir à d'autres parents (ou à un autre parent). Voici pourquoi la loi exige le consentement de ceux qui sont, de par les liens du sang, père et mère, ne faisant qu'une exception à cette règle en faveur de l'époux innocent et gardien. Cependant, en l'état actuel de notre législation qui reconnaît les droits de puissance paternelle aux deux parents, il est curieux de constater que l'un d'eux pourra se voir priver des dits droits, en dehors de toute manifestation de sa volonté et presque sans le savoir. Nous croyons ici qu'il serait nécessaire, comme nous en avons manifesté le souhait, que le père ou la mère coupable en soit au moins prévenu par une notification.

TITRE II

LES BIENS DES ENFANTS ET LEURS DROITS PATRIMONIAUX

Lorsque les mineurs sont propriétaires de biens, l'administration et la jouissance en revient aux parents. Ceux-ci seront de par leur qualité de père et mère les plus aptes à les gérer et à en jouir pour le plus grand intérêt de leurs enfants.

Ces droits vont être la contre partie des obligations d'entretien et d'éducation. Et dans le foyer, la puissance paternelle va réunir entre les mains de ceux, responsables de la direction des droits qui faciliteront cette tâche.

Lorsque le divorce est prononcé, nous verrons que c'est toujours en s'inspirant de cette idée d'intérêt des enfants que l'on adjoindra le plus souvent l'administration légale à la responsabilité d'éducation, c'est-à-dire au droit de garde, conservant ou supprimant la jouissance légale.

Cependant, l'obligation d'entretien existe par elle-même et indépendamment des ressources propres des enfants. Lorsque ceux-ci n'ont pas de patrimoine, les deux parents devront, l'un et l'autre, y apporter une part contributive qui se résoudra en une obligation de somme d'argent : nous verrons suivant quelles modalités .

Nous traiterons pour terminer de la façon dont sera réglée, dans le cas de divorce des parents, les principales allocations que la société verse aux père et mère afin de les aider dans l'accomplissement de leur devoir.

CHAPITRE PREMIER

ADMINISTRATION LÉGALE - JOUISSANCE LÉGALE DROITS SUCCESSORAU

Le patrimoine de l'enfant ne doit pas souffrir de l'état de divorce des parents.

L'administration légale et la jouissance légale sont réunies entre les mains des père et mère durant le mariage (art. 384 et 389 C. Civ.). Le Code Civil n'avait donc pas cru devoir réglementer l'administration, dont la meilleure garantie se trouve être la jouissance (et le contrôle possible de la mère sur l'exercice du père).

En cas de divorce, seule la jouissance légale présentant un grand intérêt pour les parents, fut réglementée (art. 386). Cependant qu'il n'était rien dit de l'administration légale : Comment devait-elle être attribuée ?

La jurisprudence remédia au silence du code. Elle fit ressortir le principe suivant lequel l'administration légale n'est donnée au père « qu'exclusivement » durant le mariage (Paris, 15 déc. 1886. — Loi 19 janv. 1887). Aussi le tribunal se reconnut-il le droit de retirer l'administration au père à raison de son indignité pour la remettre à la mère (Seine, 4 août 1888. — Gaz. T., 18 août 1888). Il adjoignait le plus généralement l'administration légale à la jouissance et à la garde (Nice, 3 mai 1892. — Gaz. P., 1892, supp. 27). Cependant lorsque le divorce était prononcé aux torts du gardien, l'administration était donnée à l'autre parent qui avait la jouissance. L'on faisait le plus souvent de l'administration légale une conséquence de la jouissance légale.

La loi du 6 avril 1910 (actuellement art. 389 C. Civ) vint mettre fin à toutes ces hésitations donnant à l'attribution de l'administration légale son principe propre qui est différent de celui de la jouissance légale : c'est ce que nous allons voir dans nos deux premières sections.

Enfin nous traiterons pour terminer du principe de l'art. 304 par lequel les enfants conservent toute la plénitude des droits que leur a conféré l'état de mariage de leurs parents, c'est-à-dire des droits successoraux résultant de la parenté et des conventions matrimoniales de leurs auteurs.

SECTION I. — L'ADMINISTRATION LÉGALE

L'administration légale est une institution qui a pour but la protection et la mise en valeur du patrimoine propre de l'enfant, jusqu'à sa majorité. Elle est confiée à ses protecteurs naturels, les père et mère, évitant ainsi la tutelle.

Lorsque le divorce vient rompre l'unité du foyer, l'administration légale subsistera ; mais comme les deux parents ont mêmes droits à la puissance paternelle, il faut un principe général d'attribution de son exercice ; l'art. 389 al. 3 nous dit :

« en cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration appartient à celui des deux époux auquel est confiée la garde de l'enfant, s'il n'en est autrement ordonné. »

Il en sera donc, de l'administration légale, comme de tous les éléments de la puissance paternelle, elle sera déléguée pour le plus grand avantage de l'enfant (argument « s'il n'en est autrement ordonné ») ; la loi posant une présomption d'ordre général, attribuant, le plus souvent, l'administration légale à l'époux gardien.

Ceci est rationnel, car l'enfant doit être élevé suivant sa condition sociale et sa fortune. Le gardien étant responsable de l'éducation du mineur, il est naturel que ce soit lui, l'administrateur du patrimoine donnant les ressources matérielles qui permettront d'assurer cette éducation.

Cette règle posée par l'art. 389, al. 3, première proposition, doit s'entendre de la façon la plus large. C'est ainsi que :

« En cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration légale des biens de l'enfant appartient à celui des deux époux auquel est confiée la garde, si le tribunal n'a rien spécifié à cet égard.

Trib. Civ. Lorient, 4 juin 1912. — D. 1913-5-62.

Et même :

« Pendant l'instance, l'administration légale (revient) à celui qui a la garde provisoire... »

Trib. Corr. Seine, 24 juil. 1922. — D. P. 1923-2-158.

Mais cette présomption de portée très générale n'étant que l'application principale de la cause, l'intérêt des enfants, lorsque le juge reconnaît qu'il n'est pas de cet avantage que l'administration soit laissée au gardien, il peut la déléguer à une autre personne.

Le plus généralement, l'administration retirée au père sera remise à la mère ou vice versa.

On se demande si l'administration légale pourrait être confiée à un tiers. Nous pensons que cette attribution serait possible (1). En effet, l'art 389 al. 1 prévoit le cas de biens qui seraient administrés par un tiers lorsqu'une condition expresse du donateur ou du testateur le stipule : c'est donc que la loi n'oppose pas d'impossibilité à cette éventualité. De plus, pour le cas qui nous occupe, l'al. 3 de l'art. 389 « s'il n'en est autrement ordonné » nous semble avoir une portée générale qui n'implique pas forcément que l'administration doit être dévolue à l'un des époux. Enfin, si la garde de l'enfant peut être confiée à un tiers, l'on ne voit pourquoi les intérêts matériels de l'enfant ne pourraient pas, de même, être administrés par une autre personne que le père ou la mère.

Tel semble être le sens de la jurisprudence qui reconnaissait au Tribunal toute latitude pour nommer un administrateur des biens de l'enfant quand la loi privait la mère

(1) Sens contraire : Planiol, Ripert, Rouast, la famille, Droit Civil, t. 1.

de ce droit lors de son second mariage (1) (Trib. civil Montdidier, 26 mars 1896. — Rec. Amiens 1896, 169).

Ajoutons, cependant, que pratiquement, les tribunaux paraissent ne nommer administrateur légal que le père ou la mère de l'enfant.

SECTION II. — LA JOUISSANCE LÉGALE

Les père et mère ont la jouissance des biens de leurs enfants mineurs non émancipés jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis.

Le fondement de cette jouissance est dans une idée d'autorité et point ne serait suffisant de l'expliquer par l'indemnisation des parents pour les dépenses d'éducation (2).

Suivant le principe général des divers droits de jouissance paternelle, l'exercice de cette jouissance appartient au père durant le mariage, mais revient à la mère en cas d'impossibilité par celui-ci de l'exercer.

Lors du divorce, sa dévolution se fera, répondant à un double but : Elle sera donnée à celui dont l'autorité n'aura pas démeritée. Au contraire, pour celui contre lequel des torts sont relevés, elle disparaîtra — cette suppression agissant comme une véritable peine —.

L'art. 386 est ainsi conçu :

« Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des « père et mère contre lequel le divorce aurait été pro-
« noncé. »

Pratiquement, la jouissance légale disparaîtra complètement lorsque le divorce sera prononcé aux torts réciproques des deux époux.

Ici donc, il s'agira par conséquent d'une mesure spécifiquement différente de celles envisagées jusqu'à présent : c'est un droit que l'on reconnaîtra dans toute son étendue — pouvoir et exercice — à l'un ou à l'autre des époux ; il n'y aura pas simplement délégation d'exercice. C'est ainsi

(1) Cette disposition a été abrogée.

(2) Hémar.

que ce droit sera exercé par le bénéficiaire, sans contrôle de la part de l'autre époux, à seule charge de remplir les obligations de cette jouissance (art. 385) et particulièrement celle d'entretien et d'éducation de l'enfant. Et lorsque le titulaire de cette jouissance viendra à mourir (avant les 18 ans de l'enfant) ce droit s'éteindra avec lui.

SECTION III. — DROITS SUCCESSORAUX

Le Code entend garantir les droits éventuels que les enfants peuvent avoir de par le mariage de leurs parents. C'est en ce sens qu'est rédigé l'art. 304 (C. Civ.) :

« La dissolution du mariage par le divorce, admis en justice, ne privera les enfants nés de ce mariage, d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu divorce. »

Le divorce des parents ne donne pas ouverture aux droits des enfants, mais il ne saurait les en priver ou les diminuer. C'est ainsi que les enfants conservent tous les droits découlant de la parenté, soit relativement à leur père et dans leur famille paternelle, soit relativement à leur mère et dans leur famille maternelle : spécialement quant à leurs droits successoraux (1).

Pour ce qui est des droits éventuels que les enfants peuvent avoir sur les biens de leurs père et mère, il faut distinguer :

1° Les avantages découlant de la loi, spécialement la réserve successorale ; celle-ci sera partagée concurremment entre tous les enfants légitimes des différentes unions, art. 745 C. Civ. Mais ici une protection est organisée contre les libéralités qui pourraient être faites au second conjoint. C'est ainsi que la quotité disponible dont le père ou la

(1) De même ils conservent le bénéfice et la charge de l'obligation alimentaire.

mère remarié peut disposer par donation entre vifs ou par testament, en faveur de son nouvel époux, sera limitée à une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans pouvoir excéder le quart des biens. Lorsque ces règles n'auront pas été respectées, les avantages faits seront sujets à réduction. Cependant une telle action ne pourra être intentée qu'au jour du décès de l'époux remarié. (Les enfants du premier lit peuvent seuls intenter cette action, mais elle profitera aussi aux enfants du second lit).

2° Les avantages qui ont été faits aux enfants par le contrat de mariage de leurs parents ne pourront leur profiter qu'au terme fixé à leur ouverture. C'est ainsi que les institutions contractuelles faites en leur faveur (art. 1082 § 2 C. Civ.) leur donnent droit, si leurs parents viennent à mourir avant le donateur, de réclamer au décès de celui-ci le bénéfice de cette institution (1) en ce sens Vraye et Gode).

3° Il en sera de même pour les substitutions fidéicommissaires faites en faveur des enfants (art. 1048 § 2 C. Civ) soit par donation soit par testament. Ils en conserveront le bénéfice comme substitués à leurs parents.

Il était particulièrement important de protéger les droits successoraux des enfants car, dans la majorité des cas, n'ayant pas de biens personnels, leur patrimoine n'est pourvu que de ces droits éventuels.



Dans l'ensemble, la loi assure une protection rationnelle des biens existants et des droits éventuels de l'incapable.

(1) Nous savons que l'institution contractuelle qui profite aux enfants est celle faite par un tiers, art. 1082, al. 2. Il n'en est pas de même de celle faite entre conjoints, art. 1093, 2° phr. car l'enfant retrouvera les biens dont s'agit dans la succession de l'instituant (en ce sens Colin, Capitant).

S'il en est ainsi, lorsque les parents se sont fait entre eux d'autres avantages, les enfants ne peuvent prétendre à un droit sur les donations révoquées lors du prédécès du donataire déchu : ils retrouveront les biens dans la succession de leur second auteur (en ce sens Vraye et Gode, t. 2, n° 767 — en sens contraire Willequet, du divorce, p. 273).

L'art. 304 du C. civ. n'envisage que les avantages directs.

CHAPITRE II

CONTRIBUTION AUX FRAIS D'ENTRETIEN ET D'ÉDUCATION DES ENFANTS

« Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Art. 203 C. Civ.

Cette obligation n'est pas incertaine, elle est indépendante, existe par elle-même et devra être remplie par les parents quels que soient les droits que la loi leur accorde sur leurs enfants.

Si donc le mariage est dissous, et que les droits de puissance paternelle s'avèrent impuissants à assurer matériellement l'accomplissement de cette obligation, celle-ci demeure et les parents doivent la remplir : « les père et mère seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ». Art. 303 C. Civ.

Nous rechercherons la nature de cette obligation, puis ses caractères particuliers. Nous exposerons aussi de quelle façon elle peut être déterminée — soit par le juge, soit par convention — et modifiée. Enfin nous envisagerons les sanctions applicables à son inexécution et les sûretés la garantissant.

SECTION I. — NATURE DE L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

La jurisprudence devant les articles formels du Code, art. 203 et 303, a toujours reconnu aux parents, après leur

divorce, l'obligation de subvenir aux besoins et à l'éducation de leurs enfants mineurs. Mais, la nature de cette obligation, le titre de la créance qui en naît, et le titulaire qui s'en trouve investi, semble, ne pas toujours avoir été même-ment déterminé.

§ 1. — *Position de la jurisprudence*

C'est ainsi que nous voyons affirmer, tout d'abord, qu'il s'agit d'une contribution dont le fondement est une obligation naturelle ; obligation dont l'époux ne saurait s'affranchir : Paris 19 juil. 1894. — D. 1895-2-179.

Puis, précisant cette affirmation vague, le tribunal civil de Toulouse fixe la cause de cette prestation dans le droit de garde : chaque époux devant fournir une pension divise « l'obligation de fournir pour l'entretien des enfants » une pension divise pour chacun d'eux a pour cause le « droit de garde, lui est corrélatif » Toulouse 12 mai 1898. — Gaz. Midi 19 juin 1898.

S'il en est ainsi, le titulaire quel qu'il soit — tiers ou époux — en sera le gardien.

Cependant la garde ne semble qu'un moyen en vue d'assurer la fin vers laquelle tous les droits de puissance paternelle concourent : élever, éduquer l'enfant, son intérêt. La contribution ne nous apparaît que comme un autre moyen — matériel celui-là — mais tout aussi indispensable pour parvenir à cette fin. Nous ne pensons pas que la cause de cette obligation-ci soit dans ce droit-là.

Ce point de vue sera repris parfois : Trib. civ Seine 23 nov. 1911. — Loi 11 déc. 1911.

Cependant que la Cour de Cassation prenant parti dans le cas précis d'un père gardien déclare que :

« La créance est ainsi constituée non au profit de l'enfant mais au profit du père (gardien) à charge pour lui de remplir, en son entier, l'obligation découlant de l'article 203 dont chacun des époux est tenu pour le tout et sans solidarité... »

« La créance étant destinée à rembourser le père... »
Cass. Req. 18 oct. 1904. — Gaz. P. 1904-2-240.

Les conséquences en sont fort simples, c'est une créance personnelle qui n'est qu'un remboursement de la part de l'obligation de l'article 203 mise à charge de l'autre époux. La cour considérant que ces obligations ont été contractées sans solidarité par les ex-conjoints, cette créance peut donc se compenser avec les reprises de l'épouse divorcée.

La jurisprudence des tribunaux et des cours d'appel n'a pas toujours suivi celle de la cour suprême. Il a été reconnu que la part contributive versée, pouvait être une véritable pension alimentaire s'appuyant sur l'article 303 et dont la cause devrait se trouver dans « l'intérêt des enfants qui « sont seuls les véritables créanciers ». Ainsi cette pension « ne rentrerait pas dans les droits de communauté « que les parents auraient pu régler entre eux par convention ». Lyon 24 oct. 1911. — Mon. jud. Lyon 23 nov. 1911.

La Cour de Cassation est de nouveau intervenue par deux fois, prenant nettement position dans ce problème et s'élançant dans la voie d'une création hardie (tracée par certaines cour d'appel (1)).

Cas. Req. 3 juillet 1928. — D. H. 1928-431. — D. P. 1929-1-9 (1^{re} esp.) Cas. Req. 26 juil. 1928. — D. H. 1928-463. — D. P. *ibid.* (2^e esp.).

« Une pension alimentaire peut être accordée à l'époux « divorcé qui a la garde des enfants communs pour assurer leur entretien (C. Civ. 203, 303) 1^{re} 2^e espèces.

« Cette créance d'aliments a sa source dans le fait du « mariage, c'est-à-dire dans la loi ». Même sens T. civ. Périgueux 5 mars 1930. — D. P. 1931-2-79.

M. Savatier a commenté ces arrêts (D. *ibid*) en dégagant nettement la portée de ce revirement.

Nous nous trouvons donc maintenant en présence de trois sortes de pensions alimentaires qui peuvent découler du divorce :

(1) Nancy, 15 avril 1899. — D. P. 1900-2-193.
Lyon, 16 janv. 1926. — D. H. 1926-172.

L'une sera versée par l'époux coupable à son conjoint innocent sur le fondement de l'art. 301 C. civ. De celle-ci, nous ne nous occuperons pas. Elle est particulière, et indépendante de l'obligation de contribution aux frais d'entretien des enfants.

Deux pensions alimentaires différentes peuvent être versées pour élever les enfants :

1° Celle à laquelle les époux (ou un époux) non gardiens peuvent être condamnés envers ceux-ci sur le fondement de l'art. 303 et dont la cause est le plus grand avantage des enfants, leurs besoins. (v. supra Lyon 24 octobre 1911). Aix 2 juin 1909. — D. P. 1910-2-235.

2° Une autre pension alimentaire est admise dorénavant par la cour suprême, pension dont l'époux gardien est véritablement créancier car il puise son droit dans le fait du mariage — art. 203 — la chambre des requêtes s'expliquant ainsi : « Nous croyons en effet que ce texte « n'a pas pour seul effet de consacrer une obligation des « parents légitimes envers leurs enfants (l'obligation alimentaire envers les enfants découlant de toute filiation); « en réalité il marque parfaitement que l'obligation pour « chaque époux de nourrir, élever et entretenir les enfants « communs n'existe pas seulement à l'égard de ceux-ci, « mais à l'égard de l'autre conjoint ».

Deux choses le soulignent, nous dit M. Savatier, c'est « par le fait du mariage » que l'obligation de 203 est contractée. Obligation que les époux contractent « ensemble », ce qui implique bien entre eux des rapports de réciprocité.

Toutefois, une décision de la Chambre criminelle se met nettement en opposition avec la Chambre des Requêtes, ne reconnaissant pas l'existence d'une pension alimentaire à l'époux gardien pour l'entretien de son enfant.

Ch. crim. 31 juil. 1931. — D. H. 1931 p. 476.

« ... Celle-ci (la mère) n'est pas personnellement créancière de son mari ; que l'enfant mineur né du mariage « est seul bénéficiaire de la pension mensuelle... que (le « père) est tenu de verser à son ancienne femme unique-

« ment parce que celle-ci est gardienne de l'enfant ».

M. Rouast pense que « cette décision remet tout en question » (1).

Cependant, si la Chambre Criminelle a pris cette détermination, c'est parce qu'elle voulait assurer le paiement effectif de la pension due pour l'enfant. C'est afin d'éviter que la compensation puisse s'opérer « entre la « pension que la femme contre laquelle le divorce a été « prononcé, doit verser à son mari et celle que ce dernier « doit verser à sa femme pour sa part contributive à l'entretien de l'enfant commun ».

Mais ne pourrait-on, ici, tout en reconnaissant la mère comme titulaire de ladite pension, refuser la compensation entre les deux pensions alimentaires — celle due par le père à la mère pour son enfant et celle due par la mère au père pour lui-même —. Ici, la pension due à la mère ayant une affectation spéciale : les besoins de l'enfant. Cette pension alimentaire, d'un caractère particulier, ne pourra atteindre son but que si elle sert effectivement à assurer l'entretien du mineur (2).

Par conséquent, nous souhaitons que la Chambre des Requêtes persiste dans sa création hardie, la précisant même, et que la Chambre civile se prononce en ce sens lorsqu'elle sera saisie de l'espèce, de façon à conserver tous les avantages en découlant.

Pour nous, devant ces jurisprudences différentes, des chambres de la Cour suprême, nous continuons de penser qu'il existe pour assurer les besoins de l'enfant deux catégories de pension alimentaire et nous allons maintenant en indiquer les conséquences.

§ 2. — *Conséquences.*

La jurisprudence de la Cour de Cassation reconnaît, dans tous les cas, à la prestation versée pour l'entretien

(1) Planiol, Ripert, Rouast, tome 14, Ad. t. 2, p. 43, n° 657.

(2) L'art. 1293-3° déclare impossible la compensation « d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables ». Elle ne pourrait se faire qu'en vue du paiement des aliments fournis pour l'enfant.

des enfants le caractère d'une véritable pension alimentaire (1).

Les conséquences varieront suivant que le titulaire sera l'époux gardien (cas le plus fréquent) ou l'enfant lui-même.

I° La pension alimentaire a pour titulaire l'époux gardien.

Depuis que la jurisprudence a reconnu que la créance de l'époux était une véritable pension alimentaire, l'on en déduit les conséquences suivantes, diamétralement opposées à celles reconnues jusqu'aux arrêts de 1928.

1° Il s'agit d'une créance inaliénable.

2° Cette créance ne peut s'éteindre par compensation : par conséquent, elle n'entre pas dans les droits de communauté et ne saurait se compenser avec les reprises de l'autre époux (sens contraire Cas. Req. 18 oct. 1904 voir *supra*), elle ne pourra pas plus se compenser avec une pension alimentaire due par la mère, à cause de son affectation spéciale (2).

3° Le créancier ne peut y renoncer car cette pension doit satisfaire les besoins des enfants et non ceux du titulaire.

4° La femme ne peut disposer de son hypothèque légale la garantissant à l'égard de son mari (v. *infra* sûretés et sanctions).

Cette pratique a l'intérêt d'aboutir à une simplification : elle place directement la pension sur la tête de la personne qui doit assurer l'entretien de l'enfant (celui-ci étant mineur doit toujours se faire représenter lorsqu'il est titulaire de droit).

De plus, la garantie de l'hypothèque légale viendra protéger en ce cas la créance de la femme (v. *infra*).

II° La pension alimentaire a pour titulaire l'enfant.

(1) Certaines décisions de C. Appel lui refusent ce caractère. Voir Paris, 23 juin 1937. — D. 1937-2-102. Note Lalou.

(2) Sens contraire : Crim. 31 juil. 1931 (voir *supra*).

Ce sera celle que les tribunaux continueront d'accorder pour l'entretien des mineurs lorsque le gardien est un tiers (1). Pension qui, suivant les règles de notre droit, doit être versée à la personne exerçant l'administration légale pour être par elle remise au gardien.

Dans la pratique, les enfants n'ayant pas de bien, la question de l'administration légale n'a pas été soulevée. Lors, le gardien qui doit protection à l'enfant, et qui en est responsable, prendra en main tous les intérêts de ce dernier, et en ce nom, étant le représentant, il recevra directement, de chaque parent, la part de pension respectivement mise à sa charge.

III^o Action du tiers pour l'obtention du remboursement des frais occasionnés pour l'entretien de l'enfant.

Cependant, dans le cas où le tiers gardien ne serait pas indemnisé de ses débours, soit que la pension n'ait pas été versée, soit qu'elle n'ait pas été déterminée, il a « pour recouvrer les dépenses par lui avancées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, une action tant contre le père que contre la mère qui sont tenus solidairement de le rembourser ». Paris 27 oct. 1905. — Gaz. T. 10 nov. 1905. Il en est de même pour le tiers qui a fourni des aliments à l'enfant.

Solution qui s'harmonise maintenant avec la nouvelle thèse de la Chambre des Requêtes.

En effet si l'obligation est contractée « ensemble » par les deux époux, elle a les caractères d'une obligation solidaire (2). (Les parents entre eux régleront définitivement la part de la dette qui leur incombe à chacun).

(1) La Chambre Criminelle n'a reconnu l'existence que de cette seule pension pour l'enfant.

(2) Thèse nouvelle à la C. de Cass. car, bien qu'ayant toujours reconnu que le tiers qui a fourni des aliments à l'enfant puisse poursuivre indifféremment et pour le tout l'un des parents (Civ. 21 mai 1890. — D. P. 90-1-337). Elle considérait l'indépendance de ces obligations si complète qu'aucun lien de solidarité n'existait entre elles (Civ. 6 août 1894. — D. P. 95-1-199).

Mais nous pensons précisément que le but de l'art. 203 est d'obliger l'un envers l'autre les gens mariés à raison de leurs enfants.

SECTION II. — CARACTÈRES PARTICULIERS DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Cette pension alimentaire a pour but de permettre l'entretien et l'éducation des enfants : elle est un devoir pour les parents. D'où ses caractères particuliers.

1° Les besoins de l'enfant ne se bornent pas strictement à ce qui est nécessaire à sa vie physique (cas général des pensions alimentaires). Dans la situation qui nous occupe, il faudra comprendre sous l'expression de « besoins » de l'enfant tout ce qui est nécessaire à son entretien matériel et à son éducation. Il faudra « élever » l'enfant suivant la situation sociale à laquelle il a droit, c'est-à-dire celle de ses parents (1).

2° Puisque les parents, en contribuant à l'entretien de leurs enfants ne font qu'exécuter une obligation naturelle, un devoir, on ne saurait appliquer à cette pension le principe « aliments n'arréragent pas » et il semble que la seule prescription qui puisse jouer, en ce cas, soit celle de 30 ans. Paris 1^{er} mars 1923. — Le droit 20 janvier 1924. De même Trib. civ. de Meaux 5 nov. 1925. — Gaz. P. 1926-1-147 où nous lisons : « Affranchir (le père) des charges communales serait consacrer l'oubli de ses devoirs ». Voir aussi Toulouse 25 fév. 1936. — S. 1936-2-184.

3° Cette pension alimentaire se résout toujours en une obligation de somme d'argent. Ici le débiteur ne pourrait proposer de prendre chez lui l'enfant pour exécuter en nature son obligation : ce serait tourner la règle du pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'attribution de la garde de l'enfant suivant son intérêt (art. 302).

4° La somme versée au gardien a le caractère d'un forfait.

« ... en ce cas la mère n'a pas à rendre compte au père
« de l'emploi des fonds en qualité de mandataire et il lui

(1) De même lorsque l'enfant aura une fortune personnelle, ses propres ressources seront un facteur de détermination de l'éducation à lui donner.

« suffit de prouver que l'entretien et l'éducation de l'enfant sont assurés dans des conditions convenables... » Paris 28 juin 1889. — Gaz. T. 5 juillet 1889. Le gardien ayant la responsabilité de la direction de l'enfant doit jouir d'une certaine liberté. Il ne doit pas être l'objet d'une surveillance qui ne serait pas protectrice, mais paralysante d'une initiative à prendre rapidement et que réclame souvent l'éducation.

5° La durée de cette pension ne saurait excéder la date de la majorité de l'enfant. (Trib. civ Le Havre 11 février 1928. — Gaz. P. 1928-1-604) ou de son mariage (Montpellier 18 mai 1927. Mon. Jud. Midi 10 oct. 1927). A ce moment en effet l'enfant est réputé « élevé » : il est majeur ou émancipé. Il jouit d'une capacité entière ou fragmentaire.

Toutefois, s'il y a lieu, il pourra demander la simple pension alimentaire qui existe toujours entre parents en ligne directe.

SECTION III. — FIXATION DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Cette pension peut être déterminée soit par convention soit par décision de justice. Elle est due pour chacun des enfants à qui elle est nécessaire : Amiens 28 mars 1899. — Rec. Amiens 1899 p. 38.

§ 1. — *La détermination.*

Le montant de la pension alimentaire sera basé sur deux éléments qui sont ceux de toute pension alimentaire.

a) Besoins de l'enfant (1). Nous avons vu que l'on entendait ici sous cette expression, tout ce qui est nécessaire à son éducation, à raison de la situation sociale de ses parents. La pension aura donc pour objet de suppléer au manque de moyens pécuniaires de l'enfant.

(1) Nous ne disons pas « besoins du créancier » car nous avons vu que le créancier pouvait être l'époux gardien, et ce, indépendamment de ses ressources personnelles.

C'est pourquoi, lorsque l'enfant a des ressources personnelles suffisantes, il n'y a pas lieu d'accorder une pension alimentaire : Cass. Req. 29 juin 1929. — Gaz. P. 1929-2-656. — D. H. 1929-393.

b) Fortune des père et mère : les moyens des parents sont pris en considération pour la fixation de la pension ; c'est le sens de l'art 303 C. civ. Chacun des deux ex-époux doit contribuer à l'entretien de ses enfants proportionnellement à ses ressources : (Amiens 28 mars 1899 *ibid*). C. civ. 13 août 1937. — D. H. 1937-281. — G. P. 1937-2-169.

Et si l'un des deux parents est dans l'impossibilité de fournir une contribution, la charge en revient en entier à l'autre.

§ 2. — *Réglementation conventionnelle ou judiciaire.*

Les parties règlent, parfois par convention, le montant de la participation à l'entretien qu'elles prennent à leur charge : Il y a ici détermination d'une obligation légale.

Lorsque les parties ne se mettent pas d'accord, le règlement a lieu judiciairement (soit au cours du procès de divorce, soit postérieurement, l'action étant alors intentée par le créancier alimentaire — ex-époux gardien — ou par le représentant légal du dit créancier).

§ 3. — *La pension alimentaire est sujette à modifications.*

Comme toute pension alimentaire, celle-ci est variable de par les deux conditions qui la déterminent : besoins auxquels elle doit satisfaire et fortune nécessaire pour l'assumer.

Lorsque le débiteur voudra une diminution de sa charge, il pourra arguer de deux moyens :

1° La diminution de sa fortune : ce point ne fait pas de difficulté.

2° La diminution des besoins de l'enfant. Ici la question est un peu plus délicate — Hormis le cas où les moyens pécuniaires de l'enfant se trouvent augmentés : don, leg, etc. — Car étant donné le caractère forfaitaire qui est reconnu à la pension alimentaire, le créancier ou son représentant n'a qu'à administrer la preuve que l'éducation est donnée dans l'ensemble d'une façon satisfaisante. Il faudra donc faire une nouvelle évaluation du forfait à fournir. La chose se fera assez facilement lorsque la pension a déjà été déterminée judiciairement. Mais lorsque la contribution a été fixée par une convention qui n'a pas prévu la détermination du mode d'éducation à donner à l'enfant, ce choix revient en toute étendue au gardien. Il pourra donc lui faire donner l'éducation qu'il jugera satisfaisante, et dans ce cas, réglera les dépenses proportionnellement aux moyens mis à sa disposition. Il sera peut-être délicat de prouver que l'éducation onéreuse fournie à l'enfant va à l'encontre de son intérêt personnel. Une telle preuve semble devenir même impossible à fournir lorsque la demande de réduction intervient avant l'entrée en vigueur de la convention — le plan d'éducation n'étant pas encore établi ou tout au moins mis à exécution — (cas du conjoint qui au cours d'une instance en divorce demande une réduction de la pension qu'il avait pris l'engagement de verser à celui auquel il convenait de laisser la garde de l'enfant). Cependant nous croyons que le résultat cherché pourrait être indirectement obtenu dans le cas où l'on demanderait modification des mesures concernant la garde, par exemple en proposant d'imposer au gardien un mode précis d'éducation (internat dans tel établissement).

Lorsque le créancier prétendra à une augmentation de pension, il prouvera que ses besoins ont augmenté : Req. 10 juil. 1935. — D. H. 1935-442, ou qu'il est nécessaire de mettre l'éducation qu'une telle pension a pour raison d'être d'assurer, en rapport avec la nouvelle situation du débiteur.

SECTION IV. — SANCTIONS ET SURETÉS DE LA PENSION
ALIMENTAIRE

La pension alimentaire accordée pour l'entretien et l'éducation des enfants est particulièrement bien protégée par la loi.

§ 1. — *Sanctions.*

Comme toutes les pensions alimentaires, celles qui ont pour titulaire, soit l'ex-époux gardien, soit l'enfant, sont assorties des sanctions civiles et pénales suivantes :

Lorsque l'un des parents ne s'exécute pas après détermination de sa dette, il peut être l'objet d'une voie d'exécution de droit commun : ses biens ou créances peuvent être saisis. De même la sanction pénale de l'obligation alimentaire qui a été introduite par la loi du 7 février 1924 réprimant le délit d'abandon de famille est ici applicable. En effet, celui des époux qui a été condamné (par ordonnance du Président, jugement ou arrêt) à verser une pension alimentaire à son conjoint ou à ses enfants et qui est demeuré plus de trois mois sans en acquitter les mensualités, peut être tenu pour coupable du délit d'abandon de famille et puni des peines correctionnelles édictées par la loi du 7 février 1924. (D. P. 1924-4-232).

La jurisprudence est fréquemment appelée à appliquer dans ce cas, la loi pénale :

Ch. Crim. 31 juil. 1931. — D. H. 1931, p. 476. — Ap. Paris, 9 nov. 1937. — Gaz. P. 1938-1-129.

Le père ou le mère peut, de plus, se voir priver de la puissance paternelle ou de ses droits civils.

§ 2. — *Sûretés*

La pension alimentaire allouée pour l'entretien des enfants constitue une créance certaine dont le titulaire est

fondé de se prévaloir pour prendre toutes mesures propres à en assurer le paiement.

« ...Mais attendu que la créance de la dame B... est certaine, que si la pension alimentaire qui lui a été allouée par décision de justice peut être ultérieurement réduite ou supprimée, cette éventualité ne peut se présumer et tant qu'elle ne s'est pas produite, la dame B... est fondée à prendre toutes les mesures que la loi accorde au créancier pour assurer le paiement de sa pension pendant toute la durée fixée par le jugement de condamnation. »

...Spécialement... peut former une surenchère du sixième sur le prix de vente du fonds de commerce aliéné (par son ex-mari) si ce prix est inférieur au montant des mensualités à échoir de la pension alimentaire :

Req 24 mai 1927. — D. H. 1927-334. — D. P. 1927-1-170.

Ces créances ont ainsi d'importantes garanties qui dérivent directement de la loi.

Elles sont, de par leur caractère alimentaire, indisponibles. Elles sont insaisissables (art. 581 C. pro. civ.) sauf pour cause d'aliments, pour paiement de fourniture de l'année (art. 582 C. pro. civ.) par exemple un directeur d'établissement scolaire pourrait ainsi obtenir le règlement des frais d'études d'un enfant.

Cette pension est de même incessible.

Les conséquences de ces caractères sont particulièrement importantes en ce qui concerne la pension allouée à l'époux gardien.

1° La créance ne saurait se compenser avec les reprises de l'autre époux lors de la dissolution de la communauté (voir supra) la compensation opérant toujours comme un paiement forcé, comme une saisie.

2° Lorsqu'il s'agit de la femme, sa créance est garantie par son hypothèque légale (art. 2121 C. Civ.) qui prend rang au jour de son mariage. Req. 3 juil. 1928. — Trib. civ. Périgueux, 5 mars 1930. — D. P. 1929-1-9.

Dès lors, la femme ne peut disposer de son hypothèque

légale. Une subrogation dans ce cas serait de nul effet : la créance est inaliénable, aussi le sont les sûretés qui l'assortissent (1).

Nous ajouterons enfin que la plupart des tribunaux vont même plus loin dans cette voie de protection de la créance alimentaire. Ils ne reconnaissent pas aux créanciers du débiteur d'aliments le droit d'agir en réduction ou suppression de pension alimentaire, parce qu'ils voient ici, un droit strictement attaché à la personne du débiteur (art. 1166).

« ...Doit donc être déclarée non recevable l'action par
« laquelle le créancier d'un mari condamné... à payer une
« pension alimentaire à sa femme et à son enfant mineur
« a, prétendant exercer les droits et actions de son débiteur, demandé la suppression de cette pension... » Limoges, 17 déc. 1935. — S. 1936-2-201. — De même : Trib. Civ. Boulogne, 16 nov. 1923. — Gaz. P. 1924-1-270.

La majorité de la doctrine est d'ailleurs en sens contraire (2).

*
**

La jurisprudence, dans sa constante recherche de protection des enfants, victimes du divorce de leurs parents, ne peut la trouver que dans la sanction des principes ou des obligations du mariage.

Elle aboutit, ici encore, en dépit de la rupture légale, à la consécration de la persistance du lien matrimonial en présence des enfants.

(1) Par la logique inattaquable de son raisonnement, la Cour de Cassation aboutit à ce paradoxe que le lien qui unissait les époux est plus énergétique et efficace lorsque la famille est désunie !...

(2) Laurent, Baudry-Lacantinerie, Colin, Capitant, Planiol, Ripert, Jossierand, Esmein, etc...

Notamment M. Savatier dit à ce sujet :

« Ce qu'il est impossible d'admettre, c'est que dans le conflit entre
« les créanciers et la famille celle-ci soit d'autant mieux traitée qu'elle
« soit plus divisée... »

« Il faut que les droits alimentaires reconnus à la famille ne dépendent pas définitivement d'un jugement antérieur, mais seulement de
« l'état de fortune des intéressés (Note D. P. 1929-1-9).

CHAPITRE III

ALLOCATIONS FAMILIALES ET INDEMNITÉS POUR CHARGES DE FAMILLE

Les allocations familiales sont dues à raison des enfants que les travailleurs salariés ont à leur charge. L'article 74 b., Livre I, Code du Travail, loi du 11 mars 1932, mentionne à cet effet :

Al. 2 : « L'allocation est due au salarié à la charge duquel est l'enfant. Si le père et la mère ou l'ascendant et l'ascendante à la charge desquels ils se trouvent sont occupés l'un et l'autre par des employeurs assujettis, l'allocation est due au père ou à l'ascendant. »

Al. 3 : « Toutefois, les caisses de compensation et autres institutions agréées par le ministre du travail pour le service des allocations familiales peuvent, dans leur règlement, décider que les allocations seront, dans tous les cas ou dans certains cas prévus, versées à la mère ou à la personne effectivement chargée de l'éducation. »

Les caisses de compensation ont chacune leur règlement qui se développe dans les cadres de la loi. Ces règlements sont d'ailleurs à peu près similaires (1).

Les indemnités pour charges de famille qui sont versées aux fonctionnaires suivent des règles voisines.

Ces deux institutions partent du même principe : concourir à assurer les frais d'éducation de l'enfant du tra-

(1) Pour plus de précision nous nous reporterons au Règlement d'une d'entre elles : « Caisse de Compensation de la Région Parisienne ; Statuts et Règlement adoptés par l'assemblée constitutive du 1^{er} mars 1920 modifiés conformément à la Loi du 11 mars 1932.

vailleux ou du fonctionnaire. Toutes deux ont suivi des voies parallèles.

Le divorce qui rompt entre les époux le lien conjugal, laisse (nous l'avons établi par notre précédente étude) subsister les obligations entre parents et enfants, et laisse subsister aussi, en tous points, l'ensemble des besoins du mineur. Par conséquent, cet état de rupture ne doit influencer en aucune sorte sur l'existence du droit à l'allocation ou à l'indemnité.

Nous voyons en effet, dans le règlement d'une caisse de compensation (1) établir la différenciation suivante entre :

a) Le bénéficiaire qui est « l'enfant en faveur de qui les « allocations et les primes d'allaitement sont versées ».

b) L'attributaire qui désigne « le chef de famille dont la « présence dans un établissement affilié à la caisse de « compensation est exigée en vue du versement des allocations... »

et c) La personne à laquelle sera versée l'indemnité.

Notre problème ne supprime pas le bénéficiaire, par conséquent les questions qui se posent ici se rapporteront :

1° à la détermination de la personne qui doit être attributaire de l'allocation et de celle qui doit la recevoir.

2° à la détermination des rapports qui existeront entre cette prestation et la pension alimentaire qui doit être versée par les parents pour l'entretien de l'enfant (2).

Nous envisagerons successivement les cas qui peuvent se présenter, suivant que les deux parents ou l'un seulement, travaillent, et suivant que l'enfant est confié à l'un de ses parents ou à un tiers.

Ces questions ne peuvent être résolues qu'en tenant compte de la nature et de la prestation. Nous verrons com-

(1) Caisse de Compensation de la Région Parisienne.

(2) Nous ne nous occuperons ici que des indemnités et allocations mensuelles ou journalières et non des primes fixes de naissance ou d'allaitement. Celles-ci ne sont dues que lorsque l'enfant est né avant le 300^e jour qui suit la date de fixation de résidence séparée de la femme et sont versées directement à la mère pour la prime de naissance et à la personne qui a la charge de l'enfant pour la prime d'allaitement.

ment cette notion s'est peu à peu précisée. Mais dès le début de l'institution, la jurisprudence soulignait que les allocations versées étaient grevées d'affectation spéciale et exclusive aux besoins de la famille et spécialement des enfants dans l'intérêt desquels elles sont octroyées. ». Péri-gueux 21 juil. 1928. — D. P. 1930-2-169 (Note de M. Rouast).

§ 1. — *Les parents (ou un seul) travaillent, l'un des deux ayant la garde de l'enfant*

I° En ce qui concerne les indemnités pour charges de famille, la loi du 30 mars 1939, article 50, règle la question : « dans tous les cas ou à la suite d'un jugement de séparation de corps ou de divorce, la garde des enfants aura été confiée à la mère, celle-ci sera habilitée à recevoir les indemnités pour charges de famille prévues par la loi... »

Il a été établi, par conséquent, une corrélation entre la garde des enfants et le droit à l'indemnité. Ce point précis a été sanctionné par un arrêt du Conseil d'Etat du 16 mars 1930 (D. H. 1930, p. 400) :

«... Considérant... que l'obligation de nourrir et d'élever les enfants étant maintenue à la charge du père et de la mère divorcés, par l'article 303 du Code Civil, il y a lieu d'établir alors, ainsi que l'a fait d'ailleurs l'article 50 de la loi du 30 mars 1929, une corrélation entre le droit à l'indemnité précitée et la garde des enfants issus du mariage... »

Toutefois, pour ce qui est de la réglementation des rapports qui existeront entre cette indemnité et la pension alimentaire, l'arrêt s'exprime en ces termes :

« ...L'ancien conjoint à qui n'a pas été confiée cette garde, conserve la faculté de faire reviser, le cas échéant, le montant de la pension alimentaire qu'il doit verser à l'autre. »

Par conséquent, l'indemnité nous paraît avoir sa nature propre : elle doit être envisagée comme un élément de

détermination de la pension et non comme un élément de cette pension elle-même.

En règle générale, l'indemnité pour charge de famille est payée au mari en même temps que le salaire.

Mais :

« Aux termes d'une circulaire du ministre des finances
« en date du 14 mai 1929, la femme qui invoque le béné-
« fice de l'article 50 de la loi du 30 mars 1929 doit pro-
« duire à l'administration qui emploie le mari, un extrait
« du jugement qui lui a confié la garde des enfants. Sur
« le vu de cet extrait, l'ordonnateur suspend, à dater du
« premier du mois suivant celui au cours duquel la de-
« mande aura été faite, le paiement des indemnités pour
« charges de famille précédemment allouées au mari. Des
« indemnités sont, dès lors, mandatées chaque mois au
« nom de la femme, soit qu'il s'agisse d'une femme fon-
« cionnaire, par l'administration dont elle relève, et dans
« ce cas l'intéressée doit produire à son administration le
« certificat de suspension de paiement délivré par l'admi-
« nistration qui emploie le mari, soit qu'il s'agisse d'une
« femme non fonctionnaire, par l'administration qui em-
« ploie le mari. Il va de soi que c'est désormais à la femme
« qu'incombe la charge, dans les cas de l'espèce, de pro-
« duire toutes les justifications nécessaires à l'attribution
« des indemnités pour charges de famille.

« La femme bénéficiera des indemnités à dater du jour
« de la suspension du paiement des dites indemnités au
« mari » (J. O. Déb. Ch. dép., séance 21 nov. 1934, p. 4233).

II° Pour ce qui est des allocations familiales, des règles voisines sont suivies par la loi.

1° Les deux parents travaillent.

(Première phrase, art. 74 b, al. 2, Liv. I, C. Trav.) reproduite dans les règlements de caisse :

Art. 3 C. C. R. P. (1). « ...Sont normalement attributaires
« des allocations... 3° Le père de famille divorcé (ou) 4° la
« mère de famille divorcée ayant la charge des enfants ».

(1) Caisse de Compensation de la Région Parisienne.

Nous pensons qu'ici : « la charge des enfants » signifie « la garde des enfants », les deux parents étant dans l'obligation de concourir suivant leurs moyens à l'entretien et à l'éducation des mineurs (art. 303 C. Civ.).

Nous savons que, en matière générale, l'allocation est payée à la mère de famille (art. 26 C. C. R. P.) ou à défaut à la personne qualifiée pour recevoir ces sommes par application du règlement de la caisse, soit ici, le père lorsqu'il a la garde des mineurs.

2° Un seul des parents travaille, l'autre ayant la garde de l'enfant.

Dans ce cas, l'attributaire des allocations est le parent qui travaille.

A qui doivent être remises les prestations ?

Avant la loi de 1932, nous avons une décision intéressante qui mentionne :

« ...En cas de divorce avec attribution de la garde de l'enfant commun à la mère, celle-ci est en droit de réclamer au père les allocations familiales qu'il reçoit.

« ...Les allocations doivent être remises en totalité à la mère par le père, même si elles excèdent la pension qu'il a été condamné à verser pour subvenir à l'entretien de l'enfant ». Trib Civ. Périgueux, 21 juil. 1928. — D. 1930-2-169.

Par conséquent, depuis la loi de 1932, les caisses ayant adopté le principe général du versement direct de l'allocation à la mère de famille (ou à la personne ayant la charge de l'enfant) sont venues consacrer la solution de la jurisprudence.

Nous dirons que le versement se fera au gardien.

Nous allons envisager maintenant les rapports qui peuvent exister entre le versement des allocations et le montant de la pension alimentaire.

Il nous faut pour cela, connaître la nature de la prestation dont les enfants doivent bénéficier.

Avant la loi de 1932, l'allocation était considérée : soit comme une libéralité donnée au travailleur avec charge d'affectation familiale, dont les bénéficiaires étaient les

enfants ; soit comme un supplément de salaire avec affectation familiale s'analysant en une stipulation pour autrui dont les enfants auraient été bénéficiaires : le complément de salaire devant servir à aider le travailleur à accomplir son obligation alimentaire (1).

Les allocations servaient alors à payer la pension, et si elles étaient supérieures à celles-ci, elles devaient cependant être versées en totalité (voir plus haut). Les allocations jouaient alors comme complément ou partie de la pension, suivant son montant. Dans ce cas, la jurisprudence considérait que la mère était recevable, sous réserve de la prescription quinquennale de l'article 2277 du Code Civil, à demander au père paiement de la différence entre le montant total des allocations touchées par lui depuis le divorce et les sommes qu'il avait versées effectivement. L'adage « aliments ne s'arréragent pas » ne s'appliquant pas ici lorsque l'existence des allocations n'était pas connue de la mère.

Depuis la loi de 1932, il semble que l'on doit considérer les allocations familiales comme une prestation de la collectivité pour l'enfant.

La seule question que nous devons résoudre alors est la suivante : « L'allocation fait-elle ou non partie du salaire ? » C'est en ce sens que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation l'a posée (C. Crim. 3 nov. 1934. — S. 1936-1-200) cassant un arrêt pour insuffisance de motifs. Malheureusement, la question n'a pas été autrement résolue par la Cour suprême.

La jurisprudence des tribunaux paraît considérer que ces prestations ne font pas partie du salaire (Jugement intéressant : Trib. Paix, Paris 4^e arr. 25 juin 1937. — Gaz. P. 1937-2-361). Les arguments que l'on donne à l'appui de cette opinion sont puissants. En effet, les allocations ne comptent pas dans le salaire de base lors d'un accident du travail. Elles sont dues en cas d'incapacité permanente ou de mort du salarié (art. 74 d al. 3 C. du Trav. reproduit art. 6 C.C.R.P.).

(1) Voir note de M. Rouast, Périgueux, 21 juil. 1928. — D. 1930-2-169.

Confirmant cette opinion générale, nous lisons, part. 31 C. C. R. P. :

« Les allocations et les primes d'allaitement ne font pas « partie du salaire » (1).

Par conséquent, nous étendrons ici la solution que nous avons donnée pour les indemnités. Les allocations sont dues au gardien, indépendamment de la totalité de la pension alimentaire une fois fixée. Cependant, elles peuvent entrer en ligne de compte pour la fixation, puis pour obtenir la réduction de la dite pension, sans pouvoir être automatiquement imputées par le débiteur.

Venant appuyer cette solution, la Cour d'Appel de Paris, par un arrêt du 9 nov. 1937. — Gaz. P. 1938-1-129 a condamné un mari pour abandon de famille, car il ne payait pas la totalité des pensions dues à sa femme, tant pour elle que pour ses enfants, se contentant de lui remettre les allocations pour charges de famille, mais non le montant total des dites pensions et allocations.

Lorsque l'allocation ou l'indemnité n'est pas remise au parent-gardien, il semble que la seule prescription que l'on puisse appliquer ici à une action en restitution intentée par celui-ci, soit celle de trente ans.

§ 2. — *Les parents travaillent, mais ne sont pas gardiens de leur enfant qui est confié à un tiers*

Dans ce cas, nous pensons que, sera attributaire de l'allocation ou de l'indemnité, le parent qui doit verser une pension pour l'entretien de son enfant. Celui-là en supporte dans toute l'exactitude du terme « la charge ».

Lorsque les deux parents doivent verser une pension à leurs enfants, nous croyons qu'il faut revenir aux règles qui existaient durant le mariage, et quoiqu'il n'y ait pas de prééminence du père sur la mère par analogie et simplification, le père en sera attributaire.

Mais à qui doit être remise la prestation ? Etant donné

(1) Yves Helleu « Les caisses de compensation d'allocations familiales », Paris, 1937 — en ce sens — p. 157.

que c'est l'enfant lui-même qui doit en bénéficier, nous pensons que le versement doit être fait à son gardien (1).

De même encore, il semble que la pension alimentaire versée par les parents (ou par un des parents) ne peut pas se trouver compensée, même partiellement, par l'allocation.

En conclusion, nous dirons qu'étant donnée la nature reconnue maintenant aux allocations familiales ou aux indemnités pour charges de famille, considérées comme des prestations faites par la collectivité en faveur de l'enfant (prestations conditionnées par le travail de celui à la charge de qui est le mineur), celles-ci doivent être remises à la personne qui assure directement entretien et éducation. Dans le cas normal d'un foyer uni et complet, ce soin incombe à la mère; dans certaines hypothèses différentes, — notamment lors du divorce — au gardien (qui pourra être le père, la mère ou un tiers). De cette façon, le bénéfice de l'institution reviendra de façon certaine à l'enfant.

S'il en est ainsi dans les rapports pécuniaires qui existeront entre parents et enfants au sujet de la pension alimentaire versée à ces derniers, ces prestations seront regardées comme une sorte particulière de revenu de l'enfant, revenu qui constituera un des éléments de détermination de la dite pension.

(1) Pour l'allocation, si la Caisse ne veut pas faire le versement directement au gardien le parent attributaire que la touche doit la lui reverser.

Il en sera de même pour l'indemnité qui sera payée au père.

APPENDICE I

Obligations des enfants envers leurs parents

« L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses « père et mère » (art. 371 C. Civ.).

Notre loi civile inscrit donc en tête de ses règles relatives à la puissance paternelle, le principe de morale que tout peuple digne a toujours eu à cœur de mettre en pratique. Un tel précepte n'admet pas d'exception (1) et sa généralité même le laisse sans sanction correspondante. En lui, plutôt se résument des devoirs moraux, que de véritables obligations civiles.

L'enfant par conséquent, après le divorce de ses parents, leur doit toujours les témoignages de la piété filiale. Cependant la nouvelle situation créée rend souvent fort précaire la possibilité de remplir ce devoir.

« Chez l'époux trahi, quelle leçon de respect l'enfant « trouvera-t-il pour le père ou la mère fugitif ? » et chez le coupable, si fréquemment remarié avec le complice de son infidélité, quels sentiments d'honneur pourront lui être inspirés ? (2) Une telle situation aboutira même, dans des cas extrêmes, à une conséquence qui paraît scandaleuse, mais que commande la dignité (supra ch. droit de visite p. 73) : un refus spontané d'enfant de recevoir la visite d'une mère dont l'inconduite est notoire. La jurisprudence ne pouvait que sanctionner un tel acte. (Montpellier, 8 août 1894. — S. 1894-1-209).

Ce principe de pietas se matérialisera parfois, en une

(1) Réserve faite en cas de déchéance de la puissance paternelle. L. 24 juil. 1889.

(2) M. Savatier : « Le droit, l'amour et la liberté », p. 29.

obligation alimentaire que les enfants doivent à leurs parents dans le besoin (art. 205 C. Civ). L'enfant de parents divorcés devra remplir cette obligation considérée comme une contre-partie des soins à lui donnés, et des dépenses faites pour son entretien et son éducation (1). Obligations qui de plus sera une conséquence de l'article 304, la loi voulant sanctionner la persistance de lien de filiation et de ses effets en dépit du divorce (2).

Une nouvelle brèche, et combien importante, est encore de par le divorce, portée à notre droit familial : l'enfant sera parfois élevé sans connaître ses devoirs envers ses parents ou se verra dans l'impossibilité de leur rendre ses plus strictes hommages. Seule une obligation de somme d'argent viendra quelquefois les lui enseigner.

(1) M. Laborde-Lacoste.

(2) Seule la déchéance de la puissance paternelle entraîne la perte pour le parent déchu du droit de réclamer une pension alimentaire à l'enfant à l'égard duquel cette déchéance a été prononcée, D. L. 30 octobre 1935.

APPENDICE II

De quelques particularités relatives à la procédure

Les mesures qui concernent les intérêts matériels et moraux des enfants exigent de par leur caractère vital, toutes garanties de justice et promptitude de détermination.

C'est pourquoi la procédure relative à ces mesures provisoires en cas de divorce, revêt des formes ou suit quelques règles originales, spécialement quant à la détermination de la compétence et à l'exercice des voies de recours.

SECTION I. — LA COMPÉTENCE

La compétence revient en cette matière au tribunal civil (art. 240 et 302 C. Civ.).

En principe se sera le jugement de divorce qui statuera sur les mesures déterminant la situation des enfants.

Mais avant le prononcé du jugement, il peut y avoir nécessité à ce qu'il soit statué sur la question. Il est vrai que l'exercice de la puissance paternelle incontestablement appartient au père — jouissance (qu'il partage avec la mère) et exercice — puisque le mariage existe encore. Mais l'intérêt des enfants peut exiger des modifications immédiates à cet exercice, le foyer commun ayant déjà disparu en fait. Notre Code Civil répond à cette exigence.

§ 1. — *La compétence est déterminée par l'état de la procédure*

(Art. 238, al. 2 et 240 du C. Civ.). Nous distinguerons plusieurs périodes :

a) Avant la tentative de conciliation, le président du tribunal qui reçoit la requête a-t-il le droit de statuer ? — On soutient quelquefois cette opinion (1). La loi ne le dit pas, mais l'article 238, alinéa 2, suppose que le président est appelé à statuer « de nouveau » sur la question. Cependant, la majorité de la doctrine n'adhère pas à cette opinion. Il semble que le président ne pourrait se prononcer que comme juge de référé.

b) De la tentative de conciliation à l'assignation.

La loi du 18 avril 1886 (C. Civ. art. 238) a étendu les pouvoirs de conciliation du président qui peut prescrire comme magistrat conciliateur, les mesures nécessaires. En effet, le président a entendu les deux époux. Il connaît en partie la cause. Aucune raison ne s'oppose à ce qu'il statue sur le sort des enfants.

c) Mesures prises depuis l'assignation jusqu'au jugement.

(Art. 240, C. Civ.). Du jour où l'assignation est lancée, c'est au tribunal que revient le pouvoir, et il peut ordonner, même d'office, toutes les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants.

Ces mesures que nous envisageons régleront la situation jusqu'au prononcé du jugement.

d) Le jugement.

En principe, par le jugement de divorce, avons-nous dit, il sera statué sur les mesures concernant les enfants.

Aussi, des conclusions relatives aux enfants pourront être prises par une des parties pour la première fois en appel.

« Cette réglementation n'ayant pas le caractère de demande nouvelle mais étant une conséquence nécessaire de l'instance en divorce.

C. Req. 12 avril 1911. — S. 1914-1-36.

De même, Cass. 12 fév. 1918. — S. 1918/19-1-219.

Mais une fois l'arrêt rendu, la cour a épuisé sa compétence et c'est au tribunal qu'il faut recourir pour un point

(1) Baudry-Lacantinerie : Les Personnes, t. III, p. 112.

dont il n'a pas été fait mention en appel. Lyon 16 juin 1932.
— Mon. Jud. Lyon, 6 février 1934.

§ 2. — *Modifications ultérieures des mesures*

Après que le jugement est rendu, s'il survient des difficultés :

« Le tribunal... reste compétent... alors même que... dans
« le jugement (de divorce) il n'a pas réservé sa compé-
« tence pour les difficultés ultérieures... » Trib. Arras, 14
déc. 1932. — Gaz. T. 21 janvier 1933.

De même si des modifications viennent à se produire :

« L'action n'a pas un caractère personnel, elle doit être
« portée devant le tribunal qui prononça le divorce. »
Trib. Civ. Gray, 15 fév. 1905. — Droit 18 mai 1905.

Car :

« C'est le tribunal ou la cour... qui a prescrit (ces mesu-
« res) qui a compétence pour statuer sur leur exécution...
« pour les rétracter, pour les modifier :

Cass. 1^{er} août 1912. — D. 1912-1-357. — S. 1912-1-464.

La règle générale concernant la rétractation et les difficultés d'exécution (art. 472-554 C. Pro. Civ.) est par conséquent ici étendue aux demandes de modifications. (Voir Cass., 16 déc. 1912. — Gaz. P. 1913-1-33. — S. 1913-1-104) (1).

La règle est logique. Ces juges ont déjà statué sur les circonstances déterminant l'intérêt des enfants. Ils seront, mieux que d'autres, à même d'apprécier le changement survenu dans la situation qu'ils avaient définie.

Cependant, la Cour de Cassation semble ici faire une distinction entre la demande de modification des mesures et la simple utilisation de leurs droits par les parties, une fois que ces droits ont été définis et limités par le tribunal. C'est ainsi que cette règle de compétence — saisir obligatoirement la juridiction qui a prononcé le divorce — ne s'applique pas au cas où l'un des parents fera usage de son

(1) Voir aussi pour la rétraction et modifications des mesures : Ap. Rabat 15 juin 1933. — Gaz. T. Maroc 11 nov. 1933, et pour leur exécution : Req. 10 juil. 1935. — D. H., p. 442.

droit de surveillance, sans demander une modification du « statu quo » de la garde. Il a été décidé :

« Entre époux divorcés, la demande formée par la mère
« tendant à faire décider que l'enfant commun dont la
« garde a été confiée au père, sera autorisé à passer l'exa-
« men d'entrée dans une école de l'état est valablement
« portée devant le tribunal du domicile du mari à l'exclu-
« sion du tribunal qui a prononcé le divorce, cette action
« ne tendant en rien à une modification des mesures ordon-
« nées alors, mais n'étant que l'exercice par la mère du
« droit de surveillance assuré aux époux divorcés par
« l'art. 303 C. Civ. »

Cass. 14 avril 1919. — D. 1919-1-59. — S. 1921-1-67.

§ 3. — *Emploi du référé*

En notre matière, le référé est très souvent employé, car l'urgence de la situation à éclaircir le rend particulièrement propice.

I° C'est ainsi que nous le voyons fréquemment apparaître au cours même de l'instance :

« Le principe suivant lequel le juge des référés peut être
« saisi dans tous les cas d'urgence est absolu et doit être
« appliqué au cours d'une instance en séparation de corps
« ou en divorce, notamment à la pension alimentaire aussi
« bien qu'à toutes les autres mesures provisoires ur-
« gentes. »

Paris, 28 nov. 1936. — Gaz. P. 1937-1-241. — D. H. 1937-106.

Nous voyons aussi recourir au référé sans qu'une procédure soit encore engagée (et quelque fois, dans ce cas, les parties se contentent seulement de cette ordonnance).

« Le juge des référés est compétent dans tous les cas
« d'urgence et chaque fois qu'un retard ou un péril pres-
« sant occasionnerait un préjudice irréparable. »

Paris, 13 déc. 1934. — S. 1935-2-168. — Gaz. P. 21 fév.

1935 ; voir aussi Montpellier, 29 janv. 1927. — D. P. 1930-2-91.

II° Le tribunal qui statue peut mentionner qu'en cas de difficulté, on devra recourir au référé :

« La Cour d'Appel peut indiquer qu'en cas de désaccord, les parents auront à s'adresser au juge des référés qui est compétent pour statuer sur des difficultés urgentes relatives à l'exécution d'un arrêt. »

Cass. 21 janv. 1925. — S. 1925-1-53. — Gaz. T. 1^{er} juin 1925.

Le rôle du référé pourra donc être double :

1° Il réglera momentanément le sort des enfants en attendant le prononcé d'un jugement.

2° Il statuera dans un cas prévu par un jugement antérieur.

Ces règles relatives à la compétence sont d'ordre public et l'on ne pourrait y déroger par une convention.

Rouen, 10 mars 1937. — Gaz. P. 1937-1-924.

SECTION II. — VOIES DE RECOURS

Nous traiterons des voies de recours relatives aux mesures qui peuvent être prises à chaque phase de la procédure.

a) Nous avons vu que la majorité de la doctrine refusait au président du tribunal qui reçoit la requête de statuer par voie d'ordonnance. Il ne peut le faire que par le moyen d'un référé. En effet, cette solution se justifie par le fait que, dans ce cas, une telle ordonnance ne serait pas susceptible de voie de recours.

b) Mesures rendues par l'ordonnance de non-conciliation. Elles sont susceptibles d'Appel.

Il ne faut pas qu'une telle décision puisse produire ses effets jusqu'à l'issue du procès de divorce, dans le cas où une mauvaise appréciation de l'intérêt des enfants a été portée. C'est pourquoi l'art. 283, al. 3 C. Civ. décide :

« Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle

« est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'art. 809 C. proc. civ. »

Ici un cas particulier peut se présenter. Lorsqu'une partie interjette appel d'une ordonnance, et que le tribunal se trouve saisi par le demandeur, avant que la cour ait statué, il ne semble pas alors qu'elle soit par cela même dessaisie. Nous pensons que la Cour peut se prononcer avant et même après que le tribunal ne soit saisi.

En ce sens est la majorité de la doctrine et la jurisprudence :

Cass. 29 juin 1892. — D. 1892-1-553 ; de même Cass. Civ. 13 avril 1937. — Gaz. P. 1937-2-169.

L'argument est le suivant :

« L'art. 238, al. 5 ne dit pas en effet que le tribunal sera juge d'appel de la décision du président, lorsque l'instance principale sera engagée devant lui, mais que les mesures prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance. » Dès lors où les circonstances étant telles, les mesures prescrites par le président ne sont pas acceptées par les parties et dans ce cas la cour peut être utilement saisie ; ou les mesures prises par le président sont acceptées des parties, mais des circonstances nouvelles venant à se produire, d'autres mesures deviennent nécessaires ; à ce moment, ce sera le tribunal qui devra en décider.

Cette ordonnance n'est pas susceptible d'opposition puisqu'elle est exécutoire par provisions, art. 238 C. Civ. Elle sera traitée comme les ordonnances de référé (art. 809, C. pr. Civ.) (1).

Un pourvoi en Cassation peut être formé contre cette ordonnance en suivant les règles du droit commun.

C. Rennes, 30 juil. 1894. — S. 97-2-145.

c) Mesures ordonnées par jugement du tribunal et ordonnances de référé.

Les voies de recours du droit commun seront employées suivant les règles ordinaires en appel ou en cassation.

(1) Cf. Carpentier, L. 1886, p. 106.

Cependant, l'opposition à de tels jugements en ce qui concernent les mesures relatives aux enfants est-elle recevable ? Nous pensons que l'effet principal de l'opposition étant d'arrêter, de suspendre l'exécution du jugement (art. 159 et 161 C. Proc. Civ.). Cette voie de recours ne pourra être suivie. En effet, nous savons déjà (chap. préliminaire) que, de par leur caractère, ces mesures sont toujours exécutoires et sans caution. — Cette question se présente en particulier pour la garde des enfants. — Pour les ordonnances rendues par le président, juge conciliateur, la solution est donnée par l'art. 238 C. Civ. ; pour l'ordonnance de référé par l'art. 809 C. proc. Civ. ; de même pour les jugements ou arrêts voir art. 135 C. proc. Civ. La jurisprudence étend ces règles et décide qu'en l'absence de texte, l'exécution provisoire peut et doit être prononcée d'office.

De même pour un pourvoi (1) :

« L'effet suspensif du pourvoi en cassation formé contre
« un arrêt de divorce, ne saurait atteindre les mesures
« relatives à la garde et aux aliments des enfants, lesquels
« doivent rester exécutoires malgré le pourvoi à raison de
« leur caractère. »

Cass. 7 juil. 1921. — Gaz. P. 1921-2-414.

En ce sens pour un jugement frappé d'Appel :

Colmar, 2 déc. 1930. Rev. Als. Lorr. 1931, p. 597 (2).

(1) En ce sens : Aubry et Rau, *Bartin*, t. VII, n° 478. *Planiol*, *Ripert*, *Rouast*, t. II, n° 582. *Colin*, *Capitant*, *Julliot de la Morandière*, t. I, n° 208.

(2) Voir article de M. Lagarde (*Rev. trim. Dr. Civ.* avril-juin 1938, p. 237) proposant de suivre la distinction faite par M. Verron (note sous *Req.* 13 déc. 1899. — *D. P.* 1900-1-234) entre les mesures « provisoires » toujours exécutoires par provision et les mesures « accessoires » qui feraient corps avec la disposition principale, prononçant la dissolution du mariage et ne pouvant être exécutées séparément. Elles subiraient donc l'effet suspensif du pourvoi. — Voir notamment *C. Paris*, 20 janv. 1938 (*Gaz. P.* 22 mars 1938. — *D. H.* 1938, p. 204) qui semble s'inspirer de cette théorie.

TROISIÈME PARTIE

NOTIONS GÉNÉRALES
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
ET DE DROIT COMPARÉ

Nous allons rapidement envisager les difficultés qui peuvent survenir en droit international privé français, relativement à ce problème de la condition juridique des enfants après le divorce.

Puis, élargissant un peu le cercle de nos investigations, nous donnerons un court aperçu de quelques législations étrangères.

CHAPITRE PREMIER

LES MESURES RELATIVES
AUX ENFANTS DE PARENTS DIVORCÉS
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Il peut surgir, à propos d'un divorce, des difficultés venant de ce fait, que les époux (ou l'un d'eux) ne sont pas de nationalité française.

Ces difficultés peuvent être de deux sortes :

1° Soit qu'il s'agisse de l'optation, en France, du jugement. Le problème quant aux époux sera résolu suivant les règles précises du droit international privé (1). Quels principes régiront la situation des enfants ?

2° Soit que l'on envisage les effets des jugements étrangers (2) en notre pays. Dans quelle mesure et à quelles conditions les décisions s'appliquant aux enfants seront-elles valables ?

Nous étudierons successivement les conflits de lois *a*) relatifs à la compétence législative ; *b*) relatifs à la compétence du juge.

Puis nous traiterons du respect des droits acquis et de la question de l'exequatur.

SECTION I. — LES CONFLITS DE LOIS

Il y a conflit de lois lorsque, dans un rapport de droit, plusieurs règles juridiques de différents pays sont susceptibles de s'appliquer.

(1) Voir Niboyet, Manuel dr. intern. privé, 2^e édition, p. 742, n^o 632.

(2) Des jugements étrangers ont pu aussi intervenir entre français.

Les mesures à édicter, relativement aux enfants, lors d'un divorce, peuvent poser de semblables difficultés.

§ 1. — *Conflits de compétence législative*

Nous envisagerons ici les opinions doctrinales qui nous semblent prévaloir, puis nous les confronterons avec les décisions de la jurisprudence.

A) Point de vue doctrinal.

Selon M. Niboyet, ces mesures se présenteront comme étant des effets du divorce, et la loi applicable au divorce régira, par cela même, ses effets, soit ici les mesures envisagées.

Le divorce étant considéré comme un « remède » au mariage auquel, étroitement, il se rattache, tous deux se présenteront comme étant « au premier chef des institutions familiales, dont la conséquence immédiate est d'influer sur l'état et la capacité des personnes. Dès lors, « tant que la loi applicable à l'état et à la capacité, en France, sera la loi nationale, tant elle devra s'appliquer « ici en principe » (1).

Pour M. Martin, les conflits de lois qui vont pouvoir naître, quant aux enfants, lors du divorce « relèvent essentiellement... de la loi qui régit la puissance paternelle » (2). Et comme dans notre droit interne « ...toutes les institutions qui ont pour objet la protection de l'incapable et « l'administration de ses biens répondent... à l'intérêt de « l'incapable et sont construites pour cette fin. Il résulte « de là, une règle de conflits dont on ne peut guère discuter le principe. C'est de la loi nationale de cet incapable que vont dépendre, autant que faire se pourra, « l'organisation de la protection qui lui est due, l'étendue « de ses effets, les obligations qu'elle entraîne à la charge « des personnes appelées à y pourvoir ou à y collaborer » (3).

(1) Niboyet, p. 743.

(2) Martin, Principes de droit international privé, t. 2, p. 310.

(3) Martin, *idem*, p. 368, § 326.

Nous pensons que devrait s'appliquer ici, la loi qui régit la puissance paternelle, mais cependant combinée, dans une certaine mesure, avec la loi du mariage des parents, en ce sens que celle-ci vient parfois et en certains points, compléter et renforcer les dispositions de la puissance paternelle. En effet, les droits et obligations reconnus aux parents mariés ne sont pas les mêmes que ceux octroyés aux parents naturels. C'est ainsi qu'en droit français l'art 203 du C. Civ. fait une obligation particulière et contractée ensemble par les époux de nourrir et entretenir les enfants à naître. Nous avons vu dans un précédent chapitre les conséquences tirées de ce texte par la jurisprudence.

Nous ferons remarquer que, le plus souvent, l'enfant se trouve avoir la même nationalité que ses parents, ce qui donne pratiquement compétence pour le règlement du conflit à la loi nationale identique pour toutes les parties.

Par conséquent, nous concluons à la compétence de la loi nationale des enfants applicable à leur statut personnel, loi nationale applicable 1° aux conflits relatifs à leur personne ; 2° aux conflits relatifs à leurs biens. Ceci, sous certaines restrictions que nous allons envisager bientôt.

B) Position de la jurisprudence.

La jurisprudence est indécise lorsque la nationalité des parents et celle de l'enfant sont différentes. Plusieurs fois, elle a fait prévaloir la loi des parents dans les conflits qui peuvent surgir entre eux (1).

En fait, la loi de l'incapable ne pourrait s'appliquer que dans la mesure où elle s'accorderait avec les principes de droit interne en vigueur dans l'état sur le territoire duquel la protection s'exercera.

— L'Ordre Public.

Mais devant les tribunaux français, le grand obstacle contre lequel vient se briser l'application de la loi nationale étrangère, est celui de l'Ordre Public.

(1) Voir Bartin, p. 368, et comparer avec Répertoire droit international, v° Filiation, n° 20 et suiv.

En vertu de l'Ordre Public, ou « extrait » de la puissance paternelle, la plupart de ses attributs constitutifs qui seront régis par la loi française.

C'est ainsi que nous allons considérer successivement, comment sont réglés les conflits relatifs à la garde et à l'obligation alimentaire.

Un jugement récent, qui nous paraît typique à cet égard, est celui rendu par le tribunal de la Seine, 18 juin 1934 (Rev. Crit. dr. int. priv. 1935, p. 619). Des conventions intervenues entre des époux allemands au cours d'une instance en divorce, et ayant trait à la garde de l'enfant et au règlement d'une pension alimentaire ont été déclarées nulles étant « principalement destinées à faciliter la rupture du « lien conjugal ». Le tribunal alors, réglemena la garde, strictement, suivant le droit français, sans se référer au droit allemand. C'est donc qu'il considéra la matière implicitement, mais nettement, comme étant d'Ordre Public. Cette solution d'ailleurs, fait suite à de nombreuses autres, et constitue celle adoptée par la majorité des décisions (voir Paris 29 avril 1913. — Rev. Crit d. int. 1913, p. 979. — Paris, 7 mai 1919. — S. 1920-2-49 et Seine, 8 déc. 1921. — S. 1924-2-9) (1).

De même pour ce qui est de la pension alimentaire, le jugement la déclara soumise aux art. 301 et 303 C. Civ. franç. qui « se rattachent aux lois de police et de sureté » et l'Ordre Public du pays, étant ainsi intéressé à ce « qu'elles ne soient méconnues par aucun de ceux qui « l'habitent » (1).

Nous ajouterons, relativement à la sanction de cette obligation qui a pour but d'assurer l'existence des créanciers (dans notre cas, les enfants) que les peines réprimant le délit d'abandon de famille sont applicables. En effet,

(1) Cependant consulter en sens contraire : Trib. Laval 24 avril 1902. — Gaz. P. 1902-2-498. Paris, 5 août 1908. — D. 1908-2-288 et Bruxelles, 28 juil. 1902. — Rev. Dr. Civ., 1904, p. 598.

(2) M Niboyet fait remarquer que s'il s'agit de lois de police et de sûreté celles-ci ne rentrent pas dans la notion d'Ordre Public. Si au contraire l'Ordre Public est intéressé, il est inutile de parler au préalable de lois de police et de sûreté.

lorsque les faits constitutifs du délit ont été commis en France, la loi française est compétente — *lex loci delicti*. —

Par conséquent, la jurisprudence semble prendre le chemin d'un certain exclusivisme national.

On comprend parfaitement, toutefois, que les tribunaux ne veuillent pas abandonner complètement la protection de l'enfant au contrôle de la loi étrangère, et que le sens de leur mission, le pouvoir qui est le leur, la compétence qui leur est reconnue pour apprécier « l'intérêt de l'enfant », leur fasse voir une matière où l'Ordre Public est intéressé dans la garde, attribut le plus directement compris dans l'intérêt du mineur, et dans l'obligation alimentaire qui assure ses moyens d'existence.

Cependant, il nous semble, que les tribunaux devraient se contenter de faire une « vigilante critique » des lois étrangères, même si celle-là, le plus souvent, devait aboutir à leur rejet, plutôt que de passer automatiquement sous silence de telles dispositions. Car il est exact que certaines réglementations étrangères sur la garde, peuvent ne pas heurter notre conception de l'Ordre Public, malgré les différences qu'elles présentent avec la loi française (1).

Venant renforcer cette opinion par sa haute autorité, la cour de cassation, par un arrêt de sa chambre civile, a décidé dernièrement, en ce qui concerne la pension alimentaire « ...que si en principe, les étrangers restent régis, en « France, par leurs lois nationales, celles-ci ne sauraient « faire échec aux lois françaises d'ordre public qui s'im-
« posent même aux étrangers. Que tel est le cas de l'obli-
« gation alimentaire alors même qu'elle résulte de l'art.
« 1708 du C. Civ. allemand en tant qu'elle n'a jamais qu'un
« caractère provisoire et est subordonnée tant aux besoins
« de celui à qui les aliments sont dus qu'aux ressources de
« ceux qui les doivent ».

Civ. 20 juil. 1936. — D. H. 1936 - 474.

La chambre civile au lieu d'exclure de prime abord toute loi étrangère, consulte cette loi et conclue que ses

(1) Niboyet, 2^e édit., n° 679, p. 786.

dispositions doivent être écartées. Ce procédé est particulièrement intéressant. La cour fait sienne, une méthode nuancée, pour résoudre les conflits relatifs aux lois personnelles et tendant à une conception moins raide de l'Ordre Public. C'est un progrès fait, nous semble-t-il, dans le sens de l'équité.

Ainsi, la loi nationale régit le statut personnel, sous la réserve de l'Ordre Public jouant comme arme défensive contre l'application des dispositions de la loi étrangère qui heurteraient nos conceptions françaises.

On peut voir une application pratique, faite de cette notion, par notre jurisprudence, en ce qui concerne l'obligation alimentaire. Dans le cas où une partie qui a droit à une pension, vit en France « l'Ordre Public lui permet de « réclamer le minimum d'aliments prescrits par la loi « française, quoique dispose à cet égard la loi étrangère » (1).

Les autres attributs de la puissance paternelle relatifs à la personne du mineur seront régis, nous semble-t-il, par sa loi personnelle, limitée par la notion de l'Ordre Public, ainsi que nous venons de l'indiquer pour la garde et l'obligation d'entretien.

En ce qui concerne les attributs se rapportant aux biens des enfants, ils seront moins souvent considérés comme étant en contradiction avec notre notion d'Ordre Public. Les tribunaux appliqueront plus volontiers dans ce cas la loi étrangère.

Cass. 14 mars 1877. — S. 1878-1-25.

Trib. Nice, 19 mars 1903. — La Loi 6 mai 1903.

Mais ici, nous ferons une discrimination entre les mesures édictées pour la protection du mineur (application de sa loi personnelle) et celles édictées pour la protection des tiers — exemple : en cas d'aliénation d'immeuble ou de valeurs mobilières — (application de la *Lex rei sitae*) voir en ce sens :

Pau, 9 juil. 1907. — S. 1909-2-117.

(1) Niboyet, p. 751.

§ 2. — *Conflits relatifs à la compétence du juge*

Cette question peut se diviser en deux parties :

a) dans quels cas le juge français est-il saisi en matière de conflits de lois.

b) lorsque le juge est saisi quelles sont les limites de son pouvoir.

A) Cas dans lesquels le juge français est saisi :

Lorsque le tribunal français est saisi en matière de divorce, il devra par cela même, résoudre les difficultés relatives à la situation des enfants, difficulté qui seront des effets de ce divorce (nous renvoyons en ce qui concerne les règles de détermination de la compétence Niboyet Manuel).

Ici, deux cas particuliers nous intéressent :

a) Lorsqu'aucun tribunal étranger ne se reconnaît compétent pour régler une difficulté relative au sort des enfants, la jurisprudence française considère qu'il est contraire à l'Ordre Public, de laisser un tel conflit sans solution, et reconnaît la compétence du tribunal français (D'une façon plus générale d'ailleurs, elle reconnaît une telle compétence chaque fois qu'il s'agit d'éviter un déni de justice).

b) Nos tribunaux se sont toujours reconnus compétents en matière de mesures urgentes et provisoires. C'est ainsi qu'il régleront les difficultés à eux soumises relativement aux enfants, en attendant la décision des juridictions étrangères. Il y a là des situations qui requièrent célérité. Il faut protéger des incapables qui sont sur le sol français. L'Ordre Public nécessite la compétence de nos juridictions (1).

B) Limites du pouvoir du juge saisi.

De ce qui précède, nous pouvons dire que « ...les règles

(1) A titre de rapprochement intéressant, l'art de la convention de la Haye formulait la même solution.

de compétence générale... conduisent à considérer les tribunaux français comme généralement compétents » (1).

Il nous faudra déterminer maintenant, jusqu'où va la mission du juge français. Dans notre matière, il y a une interpénétration profonde entre les pouvoirs du juge et le fond du droit qui donne, par la saisine même, à ce juge, son pouvoir — non de dire le droit — mais en quelque sorte de créer le droit.

Aussi deux positions peuvent être adoptées :

a) On peut considérer que la procédure régit le fond du droit. Mais l'on risque alors de se trouver en présence de distinctions difficiles à faire entre les pouvoirs du juge français statuant en matière de procès entre français et de ces pouvoirs lorsqu'il statue en matière de procès entre étrangers.

C'est ainsi que notre droit français, art. 302 C. Civ., donne mission au juge français de statuer sur la garde des enfants lors du prononcé du divorce. Le droit allemand dispose dans son art. 615 C. proc. Civ. qu'à la demande en divorce aucune autre ne peut être jointe. Que devra faire le juge français en pareil cas ? Il est jugé parfois, en faveur de l'application du Code de procédure allemand, car il y a ici dit-on, une différence profonde entre les deux notions de divorce.

Voir Ch. Civ., 8 mars 1926. — *Clunet* 1926, p. 677.

b) Cependant M. Bartin fait remarquer que des décisions rendues en ce sens méconnaissent la portée de la saisine du juge « ...le juge français peut être saisi, dans les limites « de sa compétence juridictionnelle générale... de toutes « les questions contentieuses que soulèvent les relations de « droit privé, entendues au sens français du mot » (1).

Et plus exacte paraît la décision rendue par la Cour de Douai, 29 janvier 1924 (*Clunet* 1924, p. 398). Celle-ci remplace la procédure de la loi canadienne qui exige le Bill du Parlement par l'office du juge français.

(1) Bartin.

(2) Bartin, t. 1, p. 414.

En effet, dirons-nous avec M. Martin : « les causes et
« les effets du divorce dépendent de la loi personnelle.
« Mais le passage des causes au divorce lui-même... dépend
« de la *Lex fori*, parce qu'il se fait par l'intermédiaire du
« juge en conséquence d'un pouvoir de juridiction que
« l'Etat qui l'a investi de ses fonctions ne saurait partager
« avec personne. Le juge doit l'application de la loi au
« justiciable dans les conditions auxquelles la souveraineté
« dont relève sa mission subordonne cette mission. Les
« formes de procédure sont du domaine de la *Lex fori*,
« soit tout ce qui constitue pour le juge le pouvoir de
« juger » (1).

SECTION II. — L'EFFICACITÉ INTERNATIONALE DES DROITS.

L'EXEQUATUR DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

Lorsqu'un jugement a été rendu à l'étranger, conformément au principe de l'efficacité internationale des droits (2), nous savons qu'il ne sera pas dépourvu d'effets sur le territoire français.

a) Le jugement que l'on invoque ne soulève aucune difficulté.

Les parties sont toujours libres alors de se soumettre volontairement à la décision étrangère.

Un tel jugement produira ses effets dans les limites conciliables avec le principe de souveraineté de l'Etat, c'est-à-dire lorsqu'il ne fera pas appel au pouvoir de cette souveraineté.

Il en sera ainsi dans le cas nous intéressant des mesures ordonnées concernant les enfants de parents divorcés.

Le jugement étranger qui est un acte public impliquera pour les faits qu'il constate — et pour lesquels il n'y a

(1) Même sens : Niboyet.

(2) Le jugement doit remplir les conditions suivantes :

1° Il doit émaner d'une juridiction compétente ;

2° Il doit appliquer la loi compétente ;

3° Il ne doit pas être contraire à notre Ordre Public.

Ajoutons s'il est intervenu entre Français que les intéressés ne doivent pas s'être placés frauduleusement sous l'empire d'une Loi Étrangère (Cf. Niboyet).

pas contestation — la force probante : exemples, quant au titre du gardien, quant à sa date d'entrée en fonction, etc. Ceci en vertu de la règle « *locus regit actum* ».

Lorsque le jugement dont s'agit statuera en matière gracieuse, il entraînera ses conséquences normales : exemple, autorisation au tuteur ou à l'administrateur légal du mineur de procéder à des aliénations. —

D'une façon générale, lorsqu'il faudra appliquer certaines règles relatives à l'état ou la capacité des enfants et concernant quelques formalités — mariage, adoption, émancipation, etc... — ces décisions produiront leurs effets.

b) L'application du jugement soulève des difficultés.

Nous venons d'examiner le cas de jugements étrangers pour lesquels l'application ou l'exécution est purement volontaire. Mais dans l'hypothèse où des contestations surgissent entre les parties intéressées, pour assurer l'exécution de telles décisions, l'on ira « ...plus loin que la simple « efficacité internationale d'un droit... il s'agira de la part « du souverain français d'approuver la solution donnée au « litige par les juges étrangers en lui assurant l'autorité « de la chose jugée et en lui attribuant la force exécutoire « (par conséquent, nous serons en présence)... de la création de droits » (Niboyet).

La force exécutoire dépasse les limites de la compétence de la loi étrangère, elle ressortit de la souveraineté du pays dans lequel on entend procéder à des voies d'exécution : Il faudra pour ce, obtenir l'exequatur du jugement.

Parmi les conditions exigées pour que le tribunal civil accorde l'exequatur (1) il en est une qui pose, quant à son interprétation, quelques difficultés.

(1) 1° Il faut que le jugement soit valable dans le pays étranger ;

2° Le jugement doit émaner d'un tribunal compétent ;

3° Le jugement doit appliquer au fond du droit la Loi compétente d'après le système de conflits de Lois français ;

4° Le jugement ne doit pas heurter notre Ordre Public ;

5° Le jugement doit avoir bien statué au fond : question du droit de révision. — Cette dernière condition est sujette à controverse — (voir Niboyet).

L'exequatur ne sera donnée aux décisions concernant le sort des enfants que dans la mesure où elles ne heurteront pas notre Ordre Public. Comment, dans ce cas, nos tribunaux interpréteront-ils cette notion ?

Il y a, en effet, nous dit M. Niboyet, « une grande différence de l'Ordre Public selon qu'il s'agit de créer un droit ou de se prévaloir d'un droit déjà constitué ». La notion, ici, ne doit jouer que par rapport aux effets produits par le jugement et non relativement à la façon dont il a pu être acquis (les règles et les conditions régulières dans le pays étranger peuvent être alors différentes de celles nécessaires à son optention en France).

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Nancy a décidé, 1^{er} mai 1935 (Rev. Crit. Drt Int. 1936, p. 128).

« Attendu en effet qu'un droit acquis hors de France
« n'est pas nécessairement contraire à l'Ordre Public fran-
« çais, par cela seul qu'il n'y aurait pu être acquis (Niboyet
« 2^e édit, n° 454).

« Attendu que ce qu'il importe de déterminer seulement
« c'est si les effets de ce droit acquis et l'application qui
« doit en être faite sont contraires à l'Ordre Public du
« pays dans lequel la décision doit être exécutée. »

S'agissant de la demande d'exequatur d'un arrêt suisse relatif à un divorce statuant sur la garde des enfants et la pension alimentaire, il importait peu que sur d'autres points (tels que le délai de viduité) il y ait eu un acquiescement à la décision de première instance suivit de la part du mari et valable en Suisse.

« Attendu que ces dispositions qui seules doivent être
« rendues exécutoires en France, loin d'être en opposition,
« sont au contraire conformes tant dans leur esprit que
« dans leurs modalités aux principes admis en la matière,
« par le droit civil français ; qu'elles ne sont donc pas
« contraires à l'Ordre Public...

« Prononce l'exequatur de l'arrêt... par lequel la Cour
« d'Appel de Berne... a statué sur le droit de garde des
« enfants, le droit de visite du père et la pension alimen-
« taire accordée aux enfants. »

Cet arrêt a été confirmé par la Chambre des Requêtes :
Req. 3 nov. 1936. — Rev. drt int. 1938 p. 109.

Deux décisions typiques quant au domaine d'application de l'Ordre Public, sont celles rendues au sujet des épisodes malheureux du mariage de la princesse et du prince de Monaco dont sont issus deux enfants. Un pacte de famille établi suivant le droit de la principauté donna lieu à des difficultés.

Le tribunal de la Seine déclara :

« Attendu que par son arrêt du 11 juillet 1933 (la Cour
« de revision de la principauté de Monaco) a entériné le
« pacte de famille résultant des accords intervenus les 18
« mars 1933 et 3 mai 1933 entre la princesse Charlotte et le
« prince Pierre et concernant les questions pécuniaires
« pendantes entre eux à la suite de leur divorce, ainsi que
« la garde des enfants nés du mariage.

« Attendu que cette décision émane de la juridiction
« compétente ; qu'elle est exécutoire sur le territoire de la
« principauté de Monaco ; qu'elle ne méconnaît aucun des
« principes considérés en France comme étant d'Ordre
« Public....

« Déclare exécutoire en France l'arrêt rendu... » Seine
6 déc. 1933. — Rev. crit. drt int. 1934 p. 503.

Le pacte de famille étant intervenu conformément à la loi monégaste, l'ordre public français ne doit s'appliquer qu'aux effets de la décision judiciaire étrangère le validant. Or les mesures concernant la garde et l'éducation des enfants étant conformes à leur intérêt, elles ne heurtent point notre Ordre Public.

Mais au contraire, une décision arbitrale étant intervenue, par la suite, en France — alors que la loi de notre pays s'y oppose formellement lorsqu'il s'agit de résoudre des questions de statut personnel — le tribunal refusa son exequatur. Trib. Seine 6 nov. 1936 et C. A. Paris 25 mars 1937. Rev. crit. Drt int. p. 511.

Le président se déclara incompétent « avant que l'enté-
« rinement de la juridiction étrangère précitée fût inter-
« venue ». Cependant, nous pensons que ce ne sont pas

de simples questions procédurales qui doivent motiver le refus d'exequatur mais bien plutôt l'objet illicite d'un tel arbitrage. Le droit princier, dans ce cas, se heurte à notre Ordre Public qui n'admet pas l'arbitrage pour résoudre des contestations de famille. Et en particulier, il semble tout à fait dangereux de régler de la sorte une question concernant des incapables : leur intérêt risque alors d'être gravement compromis.

Nous ajouterons, en vertu de la façon dont nous concevons la détermination de l'intérêt des enfants, que l'Ordre Public français ne saurait reconnaître aux décisions exequaturées qu'un caractère provisoire.



Notre exposé sur les conflits relatifs aux mesures concernant les enfants peut se préciser brièvement.

Nous pensons que le fond du droit doit être régi par la loi nationale de l'intéressé, en tant que celle-ci est conciliable avec cette notion d'intérêt des enfants, limite de notre Ordre Public français.

En ce qui concerne la compétence du juge saisi, celui-ci a toujours pouvoir d'ordonner des mesures provisoires conformément au droit français en attendant que le procès sur le fond du droit soit tranché (soit par la juridiction française, soit par la juridiction étrangère).

Notre conception de l'Ordre Public exigeant ici que les incapables ne demeurent pas sans protection : le juge alors réglementera dans les limites de son pouvoir, qui en la matière est souverain. Nous ajouterons, dans le cas particulier d'une infraction à la loi pénale — soit ici le délit d'abandon de famille — que nos lois et nos tribunaux seront toujours compétents — *Lex rei delicti*.

Enfin lorsque l'exequatur d'un jugement étranger est demandé, l'on ne doit l'accorder que si son application dans notre pays ne heurte pas sa conception de l'Ordre

(1) En ce sens : Note Niboyet, Rev. citée, p. 511.

Public, c'est-à-dire si un tel jugement est bien conforme à l'intérêt des mineurs.

Nous voyons par conséquent la place grandissante que cette notion d'intérêt des enfants prend dans la réglementation de leur situation. Le fait est équitable puisque l'intérêt constitue la cause des droits en litige. Cette réalité vivante dépasse donc le cadre restreint de notre droit civil interne, pour limiter, pour compléter, pour supplanter même, la loi étrangère en ce qu'elle a de contraire à cette juste fin qui devient d'Ordre Public.

CHAPITRE II

DROIT COMPARÉ

Nous avons vu, en droit français, que la loi donne une assez grande liberté au juge, pour régler la situation des enfants de parents divorcés. La fin que l'on doit faire triompher est celle de leur plus grand intérêt. Ceci étant, la jurisprudence prend en considération les conventions des parties en tant qu'elles concourent à cet avantage.

Il est intéressant de jeter un rapide coup d'œil sur quelques législations étrangères, afin de comparer la façon dont respectivement elles parviennent à leur fin.

Dans l'ensemble, les législations se différencient par la façon dont elles réalisent l'intérêt de l'enfant. Pour ce, d'ailleurs, elles accordent, soit au juge, soit aux deux parents, une liberté plus ou moins complète.

En Angleterre, aux Etats-Unis, en Hongrie (1), en Suède, la liberté laissée aux parties est très grande — plus grande qu'en France — et le juge, en quelque sorte, vérifie si l'intérêt de l'enfant est bien respecté. Son pouvoir d'ailleurs devient très important lorsqu'aucun accord n'a pu intervenir.

En Allemagne (1), à l'opposé, la loi est rigide, indiquant la solution à adopter, et le Tribunal des Tutelles, qui veille sur les incapables, ne peut écarter les règles automatiques indiquées par la loi, que dans des cas très graves, ceux où l'intérêt de l'enfant serait méconnu (2).

(1) Voir Richard Prassinis, thèse Paris, 1928, p. 160 et suiv.

(2) Il en était de même avec une rigueur, peut-être plus stricte encore, en droit Autrichien et en droit Espagnol où la Loi imposait une solution aux parties.

Nous indiquerons sommairement les grandes lignes du droit anglais, puis du droit allemand en ce qui concerne notre problème.

I

DROIT CIVIL ANGLAIS

C'est la division de la Haute Cour de Chancellerie qui est compétente en matière de divorce.

Lorsque le juge est saisi, il a pouvoir de prescrire, immédiatement, toutes les mesures qu'il juge nécessaires pour l'éducation et la garde des enfants. Il pourra même les placer directement sous la protection de la division de la Haute Cour de Chancellerie.

C'est par la loi du 24 avril 1873 (36, vic., C. 12) « Act to amend the Law as to the custody of infants » que la question du sort de ces mineurs est actuellement réglée.

Le droit anglais voyant dans le père le gardien naturel de son enfant, la mère n'avait droit jusqu'alors qu'« au respect et aux égards de ses enfants » (1). Depuis la fin du xix^e siècle (2) « l'esprit général de la législation anglaise est de créer une égalité parfaite entre les époux au point de vue des droits de puissance paternelle » (3). Les tribunaux se sont conformés à l'esprit de cette législation.

Le juge, pour régler les questions de garde et d'éducation, tient grand compte des conventions des parties : il les valide le plus souvent. Toutefois, il n'est pas lié par elles et peut prescrire toutes autres mesures s'il reconnaît qu'elles ne sont pas conformes à l'intérêt des mineurs (§ 2, L. 1873).

Cependant, si aucun accord n'est intervenu, la Cour, pratiquement, le plus souvent, remettra la garde à l'époux

(1) Lehr : *Eléments de dr. civil anglais*, n° 199.

(2) Voir aussi en ce sens L. de 1886 sur la tutelle qui a donné à l'Angleterre un système presque semblable au système français.

(3) Lehr, *id.*, n° 199 *bis*.

innocent. Mais, dans cette attribution, ce sera encore l'intérêt de l'enfant qu'elle envisagera en premier lieu. Aussi se pourra-t-il que l'enfant soit confié à l'autre époux ou à un tiers. Le droit d'intervention est accordé aux familles.

Pour ce qui est du droit de visite, le principe autrefois était de ne pas le reconnaître à la mère adultère. Maintenant, la cour a un pouvoir souverain d'appréciation en la matière. Dans les autres cas, le père ou la mère qui n'a pas l'enfant sous sa garde pourra le voir aux lieu et jour fixés par la Cour.

Il semble d'ailleurs que le droit anglais fasse, ici, une différenciation entre les mineurs de moins et de plus de 16 ans, reconnaissant à ces derniers une certaine liberté de décision. C'est ainsi qu'envers une jeune fille de plus de 16 ans, confiée à la garde de son père, et qui l'avait quitté pour aller vivre avec sa mère coupable, la Cour n'usa pas de ses pouvoirs, pour la forcer à réintégrer le domicile paternel (1).

Le système du droit anglais concernant l'administration des biens des mineurs est tout à fait original (2). Il n'accorde aux parents aucun droit légal sur les biens de leurs enfants. Aussi le divorce n'apportera-t-il pas de changement à cette réglementation. De même, la législation de l'Angleterre ignore ce qui correspond à la jouissance légale. L'obligation d'entretien est à la charge des deux parents, qui ne peuvent la récupérer sur la fortune personnelle des enfants (hormis l'autorisation de la Cour, de faire un prélèvement sur les biens, lorsque les père et mère sont dans l'impossibilité matérielle de donner une éducation en rap-

(1) Mozley Starke/id, 1910, p. 190, cité par Richard Prassinos.

(2) Les parents n'exercent, en tant que père et mère, aucune administration légale, pas plus qu'ils ne peuvent couvrir l'incapacité juridique de leur enfant (ex. : passer des contrats, recevoir un paiement). C'est un « trustee » spécial qui administrera les biens échus à un mineur et ce, jusqu'à sa majorité. Dans le cas d'une succession se sera l'exécuteur testamentaire ou un « administrator ». Le père ou la mère peut être nommé « trustee » ou « administrator », mais il n'y a aucun droit et les règles concernant les « trusts » et l'administration des successions lui sont applicables. Toutefois, lorsqu'aucun « trustee » n'a été désigné, les parents administrent les biens de l'enfant en tant que tuteurs naturels.

Lorsque l'enfant atteint sa majorité, les « trustees » lui rendront comptent du capital et des revenus.

port avec la fortune dont les mineurs jouiront plus tard). La Cour réglera les modalités de la charge (qui est moins absolue qu'en France). Elle indiquera à qui incombe les dépenses et comment elles doivent être payées.

Les mesures édictées par la Cour peuvent être modifiées, par la suite, à cause de l'indignité du gardien ou pour toute autre raison que nécessite le plus grand avantage des enfants.

II

DROIT CIVIL ALLEMAND (1)

Lors d'un procès en divorce, la compétence revient au Landgericht (tribunal de première instance) auprès duquel le mari a son principal établissement (2) art. 606 civil prozessordnung (C. Pro. Civ).

Le ministère public peut apporter son concours, assister aux débats, donner son avis, poser des conclusions (art. 572 C. Pro. Civ). Des mesures provisoires peuvent être rendues en cours d'instance.

Par son jugement, le tribunal décide, en toute liberté, d'après l'examen des faits, de la question de faute. De cette déclaration dépendront certains effets.

Il est une grande règle par laquelle, d'une façon générale, le divorce des parents n'a pas de conséquence envers les enfants. En principe donc, pas de modification dans les rapports entre parents et enfants. C'est pourquoi la puissance paternelle reste au père, et entre autres cet attribut important qui est l'administration légale. — Nous signalons que cette disposition peut présenter de véritables dangers.

De même, l'obligation d'entretien est à la charge du père, art. 1585 C. Civ all., mais si ses ressources et les

(1) Voir Lehr : *Eléments de droit germanique*. Priou, thèse Paris, 1923.

(2) Celui-ci est déterminé : par son domicile qui peut être, soit en Allemagne, soit à l'étranger, ou, à défaut, par le dernier domicile connu.

revenus de l'enfant sont insuffisants, la mère doit verser selon ses propres moyens une contribution à son ex-mari qui a l'administration et la jouissance légales des biens de son enfant (cette créance n'est pas cessible). Toutefois, lorsque la mère obtient (voir plus loin) la garde de l'enfant, et qu'elle a lieu de craindre pour l'entretien de ce dernier, elle a le droit de retenir sa propre participation, afin de l'appliquer, elle-même, à la satisfaction des besoins du mineur.

Cependant, ce principe de l'attribution des droits de puissance paternelle au père, est mis de côté en ce qui concerne la garde des mineurs. Le Code Civil allemand dans son article 1635 déclare que les enfants seront confiés à l'époux innocent, liant ainsi étroitement le droit de garde et la détermination de la culpabilité. Si les deux conjoints sont coupables, les fils de moins de 6 ans et les filles seront confiés à la mère, les autres fils au père.

Toutes ces questions sont donc réglées d'une façon rigide par la loi, et les conséquences pourraient en être souvent malencontreuses. Mais le Tribunal des tutelles se voit conférer par l'article 1635 le pouvoir de prendre des mesures s'écartant des règles légales, lorsque l'intérêt impérieux des mineurs l'exigera. C'est ainsi, en ce qui concerne la garde, que l'état de santé d'un enfant sera un motif suffisant pour qu'il soit remis à la mère coupable. Par contre, le fait d'une situation plus avantageuse chez l'un des parents, ne sera pas un motif suffisant pour changer la destination légale du droit envisagé.

— Ces dispositions ne s'appliquent pas dans le cas de divorce pour aliénation mentale, l'enfant étant confié à l'époux sain d'esprit. —

Celui des époux qui n'a pas obtenu le droit de garde, conserve la possibilité d'entretenir avec son enfant des relations personnelles, ce qui ne lui donne pas un droit de correspondance. Le tribunal qui règle ces relations ne peut les interdire tout à fait.

Le Tribunal des Tutelles, dont les jugements sont déterminés par l'intérêt des enfants, est renseigné par le Land-

zeritch lorsqu'il y a des mineurs (art. 630 C. Pro. Civ.). De plus, avant de rendre sa décision, il convoque le père, la mère et les autres parents des enfants qui, par leurs déclarations, pourront éclairer son opinion.

Contre ses décisions, on pourra faire jouer les réclamations administratives.

RÉFORMES

Cet exposé sur la situation des enfants de parents divorcés nous a montré la façon dont notre législation réalisait « leur plus grand intérêt », cause finale des droits de puissance paternelle et des obligations en découlant.

Or, de notre très court aperçu de droit comparé, confronté avec nos propres lois, nous pouvons faire la constatation suivante : en droit, deux positions peuvent être envisagées pour atteindre ce but :

1° Soit que la loi réglemente strictement des solutions qui devront automatiquement s'appliquer aux hypothèses se présentant — Droit allemand dans une large part.

2° Soit que l'on adopte la méthode du « cas à résoudre », liberté laissée à « un sujet » particulièrement digne de confiance de résoudre comme il l'entend le cas soumis. Ce « sujet » étant, soit les parents — Droit suédois, Droit anglais assez souvent — soit le juge, — le plus fréquemment en droit français —.

Nous avons vu d'ailleurs que ces deux positions ne sont pas toujours prises dans toute la rigueur que nous indiquons, et qu'elles se pénètrent parfois pour se donner sur quelques points plus de souplesse... ou parce que sur d'autres, elles traduisent le fait d'une législation non fixée.

Faisant un choix, nous pensons que notre problème est tellement divers et complexe dans la multiplicité des cas qu'il soumet, qu'un essai de réglementation par la loi, de chaque hypothèse, est illusoire et risque d'aboutir à de

très regrettables résultats. La vie se répète sans cesse... mais sous des aspects toujours renouvelés. Aussi optons-nous pour la liberté de résoudre chaque cas selon les circonstances.

La question qui se pose est alors de savoir qui doit avoir le pouvoir de détermination. Dans le cas du foyer uni, ce droit revenant aux parents, nous semble particulièrement indiqué, ceux-ci étant tout naturellement les protecteurs de l'enfant ; le père, chef de famille, exerce le pouvoir. Mais la situation que l'on entend régler se pose, par hypothèse, à la suite d'une rupture légale. Aussi ces « protecteurs » de l'enfant n'ont plus pour seul objectif de concourir à son avantage, mais parfois d'assouvir l'un contre l'autre quelque cause de haine.

Notre législation française, qui reconnaît au juge, arbitre impartial, un pouvoir souverain, tout en tenant le plus grand compte des conventions des père et mère, nous paraît être dans la voie de donner les résultats les plus propices quant à l'avantage des mineurs.

Nous avons vu la place considérable que tient, en notre loi, la décision du juge. C'est elle, en quelque sorte, qui crée le droit ; car le jugement de valeur porté par la raison du juge, sur l'ensemble des circonstances, constitue la détermination du fondement du droit que son équité réalise pratiquement par des décisions appropriées à la cause : l'intérêt des enfants.

En cours de route, les quelques réformes que nous avons souhaitées sur des points précis trouveraient, par conséquent, leur place dans le cadre de la loi en respectant son esprit.

Il faudrait, dans certains cas, que le pouvoir du juge se développe et s'affermisse :

1° Pour déterminer l'éducation et le choix de la religion, de la formation morale, lorsque le gardien n'a pas la plénitude de ce pouvoir et qu'il survient une contestation à cet égard entre parents (voir ch. la garde sec. IV § 1 et ch. surveillance sec. I § 1).

2° Pour supprimer en certains cas le droit de visite aux parents indignes (ch. surveillance sect. I § 2).

3° Pour décider s'il y a lieu de faire usage du droit de correction sur la demande du gardien quel qu'il soit, père, mère ou tiers (ch. correction).

4° Pour déférer la garde après avis du conseil de famille lorsque la tutelle est ouverte (ch. garde, sect V).

5° Pour départager les époux en cas de dissentiment sur le consentement à accorder au mariage de l'enfant lorsque le gardien n'est pas l'époux innocent (ch. modifications au statut familial, sect. I).

6° De même pour le consentement à accorder relativement à l'émancipation (chap. idem sect. II).

Cependant ce pouvoir du juge ne lui est reconnu que pour remédier à l'unité détruite du foyer. Aussi chaque fois que dans la famille, il sera possible de retrouver les conditions voulues pour qu'une détermination relative à l'enfant soit prise dans son plus grand intérêt, des exceptions seront consenties à ce pouvoir souverain. C'est pourquoi nous avons indiqué en ce sens un second groupe de réformes :

1° Pouvoir de l'époux innocent et gardien de choisir la formation morale et la religion de l'enfant (ch. garde, surveillance).

2° Pouvoir de l'époux innocent et gardien de décider en cas de mariage (chap. modif. au statut fam. sect. I).

3° Même pouvoir en cas du consentement à donner à l'émancipation (ch. idem, sect. II).

4° Suppression de la tutelle légale à la mort d'un des parents divorcés et pouvoir au conseil de famille de la déférer (ch. garde, sect. V).

Nous ferons remarquer, toutefois, que ces quelques aménagements dépendent du pouvoir du juge, en ce sens que c'est lui qui, en toute liberté, accorde la garde à la personne de son choix.

Par conséquent, notre problème révèle une interpénétration profonde entre la procédure et le fond du droit.

Il nous reste maintenant à envisager si, pratiquement, cet organe de détermination de l'intérêt des enfants, le juge qui crée le droit, peut le faire dans les meilleures conditions d'élaboration, avec toutes les garanties voulues d'équité.

Nous savons que c'est au tribunal civil que revient la compétence en cette matière. Malheureusement, le nombre croissant des affaires oblige les juges à prononcer en une audience un nombre considérable de divorces : on cite telle chambre du tribunal de la Seine qui en prononce plus de cent ! ... d'une façon générale ce sont des affaires que l'on liquide au début des audiences... « et l'on arrive à traiter plus légèrement la rupture d'un mariage que celle d'un louage ou d'une vente » (1). Si l'on pense qu'un divorce sur deux pose la question de la situation des enfants (voir statistiques), il apparaît clairement comme une nécessité de réformer cette organisation. C'est pourquoi (nous inspirant ici, en partie, du droit allemand), proposons-nous le principe d'un juge spécialisé.

Le tribunal, lorsque deux époux ayant des enfants se présentent pour divorcer, devrait obligatoirement comprendre, dans sa composition, un juge spécialement chargé de s'occuper du sort des mineurs.

Ce juge aurait un triple rôle :

- 1° Il statuerait en référé relativement aux enfants.
- 2° Il prendrait, en cours d'instance, les mesures provisoires nécessaires.
- 3° Il élaborerait les différents points du statut des enfants.

A cet effet, il pourrait s'éclairer, croyons-nous, de façon utile en faisant procéder à des enquêtes à domicile par des personnes appropriées — celles-ci feraient des enquêtes sociales comme il en est fait pour les mineurs délinquants (2). Et s'il le jugeait nécessaire, le magistrat pour-

(1) Lalou, p. 36.

(2) Le but de ces enquêtes, faites en cas de divorce, étant évidemment tout à fait différent.

rait citer certains membres de la famille, convoquer même un conseil de famille.

Ce juge, qui aurait pris part à la procédure, comme membre du tribunal, pourrait présenter un projet de réglementation du sort des mineurs, ayant été dûment étudié : le tribunal par son jugement statuerait. Ainsi, moins de questions risqueraient de demeurer en suspens à la suite d'un divorce... questions qui n'avaient pas été prévues lors du procès et qui se révèlent urgentes dès le jugement rendu : réglementation des visites, détermination d'une pension alimentaire....

Par la suite, toutefois, si des contestations ou des nécessités de réglementation nouvelle survenaient relativement aux enfants, ce ne serait plus devant le tribunal de première instance que se présenteraient les plaideurs, mais devant le juge spécialisé qui a fait partie de ce tribunal : lui trancherait le différend. Il aurait d'ailleurs la facilité de rendre une ordonnance de référé, si l'urgence le nécessitait, avant que de statuer par un jugement. Les mêmes moyens de s'éclairer resteraient à sa disposition, enquêtes à domicile, citation de témoins.

Ce juge ne risquerait pas de prendre une trop grande indépendance, puisqu'il resterait en contact permanent avec le tribunal civil dont il ferait partie pour les jugements de divorce, et parce que ses jugements seraient susceptibles d'appel devant la Cour comme tous ceux des tribunaux de première instance (de même pour ses ordonnances).

Ajoutons que le tribunal civil se verrait déchargé d'une partie de ces délicates contestations relatives au divorce et qui encombrant ses audiences.

Pour terminer cet essai de réformes que nous pensons désirables, nous redirons enfin, qu'il serait utile de voir jouer par le Ministère Public le rôle actif que la loi lui reconnaît. L'on souhaiterait qu'il rompe avec sa traditionnelle inertie en la matière. Il y a en effet une nécessité à ce que le Ministère Public fasse connaître son point de vue dans un procès où deux parties exposent leurs prétentions

sur un sujet envers lequel ils ont des obligations, sujet qui n'a pas de porte-parole (1).

Ainsi croyons-nous que la situation de ces mineurs pourrait être mieux assurée.

(1) Les avocats des plaideurs défendront le sort des enfants en fonction des exigences du parent qu'ils assistent... ou bien, ne songeront même pas à envisager la question qui incidemment terminera quelques conclusions.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, que penser de la situation faite aux enfants après le divorce de leurs parents ?

A supposer que soient réalisées les meilleures réformes — et nous ne prétendons pas les avoir découvertes — nous ne croyons pas qu'il soit possible d'arriver à donner à ces enfants un statut tout à fait satisfaisant pour eux.

On ne peut qu'améliorer leur sort.

Pour ce qui est de la protection des droits patrimoniaux des enfants, elle requiert un bon administrateur des biens présents et des dispositions légales appropriées pour les droits éventuels : le législateur et la jurisprudence semblent l'avoir assurée de façon suffisante (1).

Mais en ce qui concerne la protection et la direction de la personne de l'enfant, la question est beaucoup plus délicate à résoudre.

Le juge, partant du fait de ce foyer détruit, s'efforcera, parmi les éléments disjoints de cette famille, de retrouver pour l'enfant un milieu propice à la sauvegarde de son intérêt. Et par son pouvoir, parera à l'unité rompue. Mais, par cela même, que l'on tend à « parer » au manquement de l'unité familiale, on tend aussi à prouver que le but ne serait atteint que si l'on parvenait à recréer cette unité...

(1) Nous ferons remarquer, toutefois, que par le décès de ses parents, l'enfant hérite, le plus souvent ; dans notre hypothèse, après le partage des biens du foyer, il se trouve, lorsqu'il n'a pas de fortune personnelle, avec une créance alimentaire pour son entretien — créance d'ailleurs particulièrement protégée — mais dont le paiement peut entraîner des contestations judiciaires, d'où inconvénient notable, surtout lorsque le gardien est un tiers (directeur d'établissement, par exemple).

Or, nous avons assisté, non seulement à une dissociation des éléments de la puissance paternelle, mais encore à l'épanouissement de faisceaux d'exigences familiales s'élevant de chaque côté de ce foyer qui les liait et ne renonçant pas, en dépit de sa rupture, à s'exercer encore sur l'enfant, sur les enfants que l'on sépare parfois ! — De là résulte souvent une pluralité d'influences créant des conflits et ne pouvant se résoudre que par des jugements : — Autorité discutée, — Autorité partagée, — Autorité diminuée. —

Et ceci entraîne des frais et des lenteurs de détermination.

Le foyer est dispersé... Mais ces « ruines » appartiennent encore, en quelque sorte, aux enfants. — L'on dit parfois, lorsqu'il est impossible de « sauver la façade » pour des causes très graves que cette solution est la moins mauvaise... Peut-être; mais, si les choses doivent en rester à ce stade (1). — Or, le but même du divorce est de supprimer, pour les parents, ces ruines, de leur donner la possibilité de reconstruire légalement une famille. Cependant que des enfants, œuvre du premier foyer, il n'est pas tenu compte... Les plus proches des leurs ne leur appartiennent même plus, et eux se savent leurs enfants...

Deux alternatives se présentent : soit que les parents se désintéressent de ceux qui représentent leur mésentente première, et les enfants se trouvent « sans foyer entre deux foyers » ; soit au contraire que la lutte s'engage pour fixer une affection exclusive, et la rupture entre l'homme et la femme divorcés est plus fictive que réelle. Pour les enfants, ils ont l'impression d'être annexés à deux familles, « ils sont partagés juridiquement et réellement » (2).

La nature a voulu qu'« ils » soient deux pour élever

(1) Dans ce cas, la séparation de corps serait suffisante ou, mieux encore nous semble-t-il, la séparation amiable : réalisant une forme d'accord entre les deux parents, elle ne dresse aucun obstacle à un rapprochement, à une réconciliation éventuelle ; malheureusement la Loi ne lui accorde aucun effet.

Voir en ce sens M. Rouast : Le divorce et l'enfant, 6^e Cong. A.M.C., Aras, 1928.

(2) M. Rouast.

leurs petits, et les petits ont besoin des deux. — Si l'un manque... si les deux manquent... Les prodiges du souvenir, parfois, peuvent imposer un exemple suffisant. Mais lorsqu'il vaudrait mieux « les » avoir oubliés l'un ou l'autre ou tous deux que de les savoir ses auteurs... les lois naturelles sont violées et gare à leur révolte !

Ceux qui ont passé le flambeau ne peuvent plus l'éteindre !

Vu :

Le Président de Thèse,
G. RIPERT.

Vu : Le Doyen,
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :

Pour le Recteur de l'Académie de Paris,
L'Inspecteur de l'Académie,
G. RIMEY.

BIBLIOGRAPHIE

PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

Histoire

- BRISAUD. — Histoire du droit privé.
CHÉNON. — Histoire générale du droit français.
— Le rôle social de l'Eglise 1921.
DELZONS. — La famille française et son évolution 1923.
ESMEIN. — Le mariage en droit canonique.
LALOU. — Le divorce en France 1923.
Thèse BÉNÉCHIE. — Protection de l'enfance. Etude historique de la puissance paternelle et de la condition de l'enfant dans la famille. — Toulouse 1913.

Documentation générale

- AUBRY ET RAU. — 5^e édit. par Bartin, t. VII.
CARPENTIER. — Traité théorique et pratique du divorce ; explication de la loi du 27 juillet 1884.
— La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce.
CAPITANT. — Droit civil, t. I.
DEMOLOMBE. — Droit civil, t. IV.
JOSSEMAND. — Droit civil, t. I.
LAURENT. — Principes de droit civil français, t. III.
PLANIOL, RIPERT, SAVATIER. — T. I : Les personnes.
PLANIOL, RIPERT, ROUAST. — T. II : La famille.
PLANIOL, RIPERT, ESMEIN. — T. VI et VII : Les obligations.
TISSIER, MOREL. — Traité de procédure, t. III.
BONNECASE. — La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille 1928.
ESMEIN. — L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes (Rev. Trim. Drt Civ. 1903, t. II).

LEFÈBVRE. — La famille française dans le droit et dans les mœurs, Paris 1920.

LE PLAY. — L'organisation de la famille selon le vrai modèle.

ROUAST. — Le divorce et l'enfant (Cong. Arras A.M.C., 1928).

SAVATIER. — Le droit, l'amour et la liberté.

VANLAER. — Le divorce (Cong. Arras A.M.C., 1928).

Le maintien et la défense de la famille par le droit (*Par une réunion de Professeurs de la Faculté de Nancy*).

BOURGET. — Un divorce.

DAUDET (A.). — Rose et Ninette.

Thèses.

BORN. — Du droit de garde en matière de divorce et de séparation de corps, Paris 1904.

GERVÉSIE. — De la pension alimentaire après le divorce. Lyon, 1928.

GREFFULHE. — La réforme du droit de correction paternelle (D. L. 30 oct. 1935) Montpellier 1937.

HELLEU. — Les caisses de compensation d'allocations familiales, Paris 1937.

HUGUET. — Effets du divorce au regard des enfants nés du mariage, Paris 1901.

PELTIER. — Le divorce et la puissance paternelle. Paris 1908.

ROL. — Causes et effets du divorce. Aix 1905

ROUQUET. — Des effets du divorce quant à la personne et aux biens des enfants. Paris 1905.

Revue.

Revue trimestrielle de droit civil.

Revue Critique de législation et de jurisprudence.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives.

Principaux recueils consultés.

Sirey (S.).

Dalloz (D.).

Gazette du Palais (Gaz. P. ou G. P.).

Gazette des Tribunaux (Gaz. T. ou G. T.).

Répertoire général alphabétique du droit français, par Fuzier-Herman.

Droit international privé

AUDINET. — Principes élémentaires de droit international privé.

BARTIN. — Principes de droit international privé.

NIBOYET. — Manuel de droit international privé, 2^e éd.

BOUSSUS. — Le divorce et la séparation de corps des étrangers en France, 1930.

Recueil des cours droit international, 1926, t. I (Conflits de lois en matière de mariage et de divorce, par Audinet).

Répertoire de droit international.

Journal de droit international (Clunet).

La Revue de droit international privé.

La Revue critique de droit international.

La Nouvelle Revue de droit international privé.

Thèse RICHARD-PRASSINOS. — Paris 1928.

Droit comparé

LAURENT-BAILLY. — Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger.

LEHR. — Mariage, divorce et séparation de corps dans les principaux pays civilisés.

Bulletin de la Société de législation comparée.

Allemagne.

LEHR. — Eléments de droit civil germanique.

Thèse PRIOU. — Le divorce et la séparation de corps en droit allemand, Paris 1923.

Angleterre.

LEHR. — Eléments de droit civil anglais, 2^e édit.

LEVY-ULLMAN. — Le système juridique anglais.

CURTY. — Manuel de droit civil et commercial anglais, t. I.

Lord HAILSHAM. — Halsbury's Laws of England, 2^e édit. 17.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
PREMIERE PARTIE. — ESSAI HISTORIQUE ET SOCIAL...	5
CHAPITRE PREMIER. — Le mariage et la puissance paternelle	7
Sect. I. — L'ancien droit	7
Sect. II. — L'époque monarchique et le XVIII ^e siècle	17
Sect. III. — Le droit intermédiaire et le droit moderne	21
CHAPITRE II. — Statistiques	28
DEUXIEME PARTIE. — ESSAI JURIDIQUE DE DROIT FRAN- ÇAIS	31
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Notions générales sur le jugement	35
Sect. I. — La cause	35
Sect. II. — Les parties. — Droit d'intervention.	40
Sect. III. — L'objet	42
TITRE I. — <i>La personne des enfants</i>	45
CHAPITRE PREMIER. — Droit de garde	46
Sect. I. — Définition et étendue	46
Sect. II. — Transactions et conventions	50
Sect. III. — Réglementation par le tribunal ...	51
Sect. IV. — Modifications	56
Sect. V. — Décès du père ou de la mère	62
Sect. VI. — Sanction du droit	64
Sect. VII. — Fin du droit	66

	Pages
CHAPITRE II. — Droit de surveillance — Droit de visite.	68
Sect. I. — Droit de surveillance des père et mère.	68
Sect. II. — Droit de surveillance de la famille et du Ministère Public	75
CHAPITRE III. — Droit de correction	79
CHAPITRE IV. — Modifications au statut familial (Mariage, adoption, émancipation)	84
Sect. I. — Le mariage	84
Sect. II. — L'émancipation	86
Sect. III. — L'adoption	87
TITRE II. — <i>Les biens des enfants et leurs droits patrimoniaux</i>	90
CHAPITRE PREMIER. — Administration légale — Jouissance légale — Droits successoraux.....	91
Sect. I. — L'administration légale	92
Sect. II. — La jouissance légale	94
Sect. III. — Droits successoraux	95
CHAPITRE II. — Contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants	97
Sect. I. — Nature de l'obligation d'entretien ..	97
Sect. II. — Caractères particuliers de la pension alimentaire.	104
Sect. III. — Fixation de la pension alimentaire.	105
Sect. IV. — Sanctions et sûretés de la pension alimentaire	108
CHAPITRE III. — Allocations familiales et indemnités pour charges de famille	111
APPENDICE I. — <i>Obligations des enfants envers leurs parents</i>	119
APPENDICE II. — <i>De quelques particularités de procédure</i>	121
Sect. I. — La compétence	121
Sect. II. — Voies de recours	125

TROISIEME PARTIE. — NOTIONS GÉNÉRALES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DE DROIT COMPARÉ...	129
CHAPITRE PREMIER. — Mesures relatives aux en- fants en droit international privé	131
Sect. I. — Les conflits de Lois	131
Sect. II. — L'efficacité internationale des droits — L'exequatur des jugements	139
CHAPITRE II. — Droit comparé	145
I. Droit civil anglais	146
II. Droit civil allemand	148
RÉFORMES	151
CONCLUSION	157
BIBLIOGRAPHIE	161
